

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 15, número 1, jan./abr. 2020



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS

Volume 15, número 1, jan./abr. 2020

ISSN 1809-7278 (Impresso)

ISSN 2358-9744 (CD-Room)

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS
v. 15, n.1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2020



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos é uma publicação quadrimestral do Curso de Direito da Faculdade Santo Agostinho (FASA), editada pelo Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

FACULDADE SANTO AGOSTINHO (FASA)
©COPYRIGHT: INSTITUTO EDUCACIONAL SANTO AGOSTINHO

Diretor-Geral: Prof. Dr. Antônio Augusto Pereira Moura
Diretora Acadêmica: Profa. Ms. Naiara Vieira Silva Ivo
Coordenadora do Curso de Direito: Profa. Ms. Tatiana de Souza Araújo Antunes

REVISTA BRASILEIRA DE ESTUDOS JURÍDICOS (Brazilian Journal of Legal Studies)
Editor: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura - Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil
Faculdade Santo Agostinho (FASA), Montes Claros, MG, Brasil

Membros do Conselho Editorial

Prof. Dr. Adilson José Moreira - Faculdade de Direito da Universidade Presbiteriana Mackenzie, São Paulo, SP, Brasil

Prof. Dr. Alexandre Melo Franco de Moraes Bahia - Universidade Federal de Ouro Preto, Ouro Preto, MG, Brasil

Prof. Dr. Casimiro Manuel Marques Balsa - Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Eduardo Ramalho Rabenhorst - Universidade Federal da Paraíba, João Pessoa, PB, Brasil

Prof. Dr. Elian Pregno - Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Fábio de Carvalho Leite - Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil

Prof. Dr. Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Mello

Bandeira - Escola Superior de Gestão do Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (ESG/IPCA), Minho, Portugal

Prof. Dr. Horácio Wanderley Rodrigues - Faculdade Meridional - IMED, Porto Alegre e Passo Fundo, RS, Brasil.

Prof. Dr. Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira - Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, MG, Brasil.

Prof. Dr. Menelick de Carvalho Neto - Universidade de Brasília, Brasília, DF, Brasil

Prof. Dr. Paulo Ferreira da Cunha - Universidade do Porto, Porto, Portugal

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares - Universidade Federal da Bahia, Salvador, BA, Brasil

Organização, padronização e revisão linguística: Prof. Dr. Rafael Soares Duarte de Moura

Diagramação/Editoração gráfica/Capa: OMNIA VFX

Correspondências, pedidos de assinatura e solicitação de números avulsos deverão ser endereçados a: (All correspondences, subscriptions and claims for missing issues should be addressed to the Editor)

Endereço: (Address) Av. Osmane Barbosa, 937 – JK – Montes Claros – MG, CEP 39404-006.

E-mail: <estudosjuridicos@santoagostinho.edu.br>

Publicação quadrimestral/Published 3 times per year

Para envio de artigos veja notas ao final/For submissions see final notes in the Journal

v. 15, n. 1 – Quadrimestral – Montes Claros, MG – jan./abr. 2020 – Montes Claros (MG) : Editora Fundação Santo Agostinho, 2020– v. : 19 x 26 cm.

ISSN 1809-7278 (Impressa) . ISSN 2358-9744 (CD-Rom)

1. Direito - Periódicos. 2. Ciências Sociais - Periódicos. I. Faculdades Santo Agostinho. II. Título.

CDU – 34

SUMÁRIO

ARTIGOS	9
FINANCIAL MARKET SELF-REGULATION IN BRAZIL: LEGAL DISRUPTION BETWEEN MARKET, LAW AND POLITICS. João Manoel de Lima Junior, Gabriela Borges Silva	10
GUERRA É PAZ. LIBERDADE É ESCRAVIDÃO. IGNORÂNCIA É FORÇA”: ALITERATURA ORWELLIANA, O TOTALITARISMO E A CRISE DA DEMOCRACIA. Alysson Luiz Freitas, Pedro Abder Nunes Raim Ramos	23
O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UMA VISÃO A PARTIR DO DIREITO ESTRANGEIRO (ITÁLIA). Mirta Gladys LerenManzo de Misailidis, Tamires Gomes da Silva Castiglioni	42
O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO: PELA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA A POPULAÇÃO TRANS NO BRASIL. Carla Reita Faria Leal, Brendhon Andrade Oliveira	64
O ELO PERDIDO DO SUPERENDIVIDAMENTO. João Manoel de Lima Junior, José Egidio Altoé Junior	94
TERRITÓRIOS DE VULNERABILIDADE: O RISCO ENVOLVENDO O CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO NOS BAIROS RESTINGA E RUBEM BERTA. Ana Paula Motta Costa, Victória Hoff da Cunha	109
PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO. César Ferreira Mariano da Paz	123
O MODELO DE GOVERNANÇA EUROPEU FRENTE AOS DESAFIOS DA EXPANSÃO DA NORMATIVIDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA Paula Wojcikiewicz Almeida, Gabriela Hühne Porto	135
O SISTEMA DE REVISÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE Edson da Graça Francisco Macuácuá.....	154
SUBVERTENDO O “CIS-TEMA”: O CASO LUIZA MELINHO VS. BRASIL DA COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Doglas Cesar Lucas, Pâmela Copetti Ghisleni	185

EDITORIAL

A Revista Brasileira de Estudos Jurídicos trilha um belo caminho rumo a sua consolidação nacional e internacional. O presente volume 15, número 1, referente ao quadrimestre de 2020, traz muitos artigos científicos com profundidade e abordagens importantíssimas com muitos dos atuais cenários nacionais e internacionais em discussão. Em se tratando de publicação quadrimestral, como é caso da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos, obter permanente exogenia representa a prova de expansão desse valioso periódico em várias partes do Brasil e do mundo. E é o que este volume 15, número 1, pretende empreender. Sobretudo, alcançar novos centros de produção acadêmica e cultural. Para tanto, segue após essa minha fala um pontual um olhar panorâmico escrito pelo prof. Ms. Gilberto Florêncio Faria.

Desejo a todos uma excelente leitura!

Montes Claros, 28 de abril de 2020.

É com imensa satisfação que apresentamos para a comunidade acadêmica nacional e internacional mais um número da Revista Brasileira de Estudos Jurídicos. Os artigos a seguir apresentados dão um panorama sobre quão diversas, interessantes e pertinentes são as temáticas que orientam as pesquisas dos operadores do Direito hoje no Brasil e no mundo.

Quando se fala em mercados, a “mão invisível” de Adam Smith sempre está presente. Uma análise criteriosa sobre autorregulação do mercado financeiro no Brasil, que engloba inicialmente sua gênese para em seguida propor medidas para mitigar os conflitos de interesses impostos pela criação e aplicação de regras por entidades privadas é o que o Professor Doutor João Manoel de Lima Junior e a Professora Mestra e doutoranda Gabriela Borges Silva se propõem no artigo “Financial Market self-regulation in Brasil: legal disruption between Market, law and politics”.

Distopias podem ser instrumentos de burilamento da sociedade. George Orwell contribuiu sobremaneira nesse sentido. Partindo desse mote, o Professor Doutor Alysson Luiz Freitas e Mestre em Ciências Humanas Pedro Abder Nunes Raim Ramos alinham elementos da literatura e da política e para melhor compreensão do que se passa com a democracia no presente.

De volta às novas formas de relação de trabalho, a Professora Doutora Mirta Gladys Lerena Manzo de Misailidis e a Mestra em Direito Tamires Gomes da Silva Castiglioni em “O contrato de trabalho intermitente: uma visão a partir do direito estrangeiro (Itália)” proporcionam, a partir de uma análise de direito comparado, um juízo de prospecção sobre os efeitos, no Brasil, da experiência italiana.

Direito à identidade de gênero e emprego são temas recorrentes hoje no Brasil. Unir os dois temas a partir da perspectiva do mínimo existencial é um trabalho inédito de autoria da Professora Doutora Carla Reita Faria Leal e do mestrando Brendhon Andrade Oliveira. Em “O direito à identidade de gênero e políticas públicas de trabalho: pela garantia do mínimo existencial para a população trans no Brasil” autora e autor apontam, a partir da análise de

propostas legislativas, políticas públicas e decisões judiciais, que resistências conservadoras são obstáculos para a garantia desses direitos.

Em trabalho intitulado “O elo perdido do superendividamento”, Professor Doutor João Manoel de Lima Junior e o mestrando José Egídio Altoé Junior analisam os impactos da expansão dos cartões de crédito e débito no superendividamento das famílias brasileiras. Parâmetros para a adoção de instrumentos regulatórios são propostos com vistas a uma contribuição prática.

O artigo denominado “Territórios de vulnerabilidade: o risco envolvendo o cumprimento de medidas socioeducativas em meio aberto nos bairros Restinga e Rubem Berta” da Professora Doutora Ana Paula Motta Costa e da acadêmica Victória Hoff da Cunha analisa o contexto territorial de adolescentes que sofreram homicídio na cidade de Porto Alegre, justamente no momento em que o Estatuto da Criança do Adolescente completa 30 anos.

A dignidade da pessoa humana é fundamento da República e, por isso, repercute em todo o ordenamento jurídico. Permanecendo no âmbito das questões relativas ao encarceramento, o artigo “Princípio da dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro” de autoria do Mestrando César Ferreira Mariano da Paz analisar o sistema prisional brasileiro e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana.

O fim da Guerra Fria acentuou o processo de desenvolvimento de mecanismos para a solução de problemas coletivos. Nesse sentido, o estudo denominado “O modelo de governança europeu frente aos desafios da expansão da normatividade internacional contemporânea” da Professora Doutora Paula Wojcikiewicz Almeida e da mestranda Gabriela Hühne Porto reflete sobre a expansão dos poderes normativos para além de uma lógica interestatal e seu impacto na ordem global.

É importante a experiência que o direito comparado proporciona, sobretudo se existente laços em comum, como no caso do Mundo Lusíada. O trabalho intitulado “O Sistema de Revisão Constitucional em Moçambique” do doutorando Edson da Graça Francisco Macuácu porporcina uma visão sobre processo, procedimentos e a problemática da inconstitucionalidade em sede de revisão constitucional.

Para finalizar, nas palavras dos próprios autores, “a contemporaneidade visibilizou estéticas existenciais antes oprimidas”. No artigo “Subvertendo o cis-tema: o caso Luiza Melinho vs. Brasil da Comissão Interamericana de Direitos Humanos” do Professor Doutor Doglas Cesar Lucas e da Mestra Pâmela Copetti Ghisleni analisa-se de que maneira o tema dos direitos sexuais vem sendo incorporado à agenda do SIDH, o que é feito a partir do emblemático caso Luiza Melinho vs. Brasil.

Este número consolida ainda mais o trabalho sério e dedicado realizado a muitas e valorosas mãos. Que a todos seja agradável a leitura. Bons estudos.

Prof. Ms. Gilberto Florêncio Faria

ARTIGOS

FINANCIAL MARKET SELF-REGULATION IN BRAZIL: LEGAL DISRUPTION BETWEEN MARKET, LAW AND POLITICS

João Manoel de Lima Junior¹

Gabriela Borges Silva²

RESUMO: Este artigo considera a autorregulação como um meio de disrupção legal em nível nacional e internacional. No âmbito nacional, a autorregulação desafia a noção centrada no Estado como única fonte legítima de coerção e produção do direito. Do ponto de vista internacional, o artigo ressalta que a autorregulação brasileira cresceu sob a influência da internalização de padrões criados por órgãos privados de governança transnacional. Em primeiro lugar, este artigo argumenta que a autorregulação pode impor desafios jurídicos e políticos ao modelo tradicional de fontes de direito. Em segundo lugar, propõe medidas para mitigar os conflitos de interesses impostos pela criação e aplicação de regras por entidades privadas.

Palavras-chave: autorregulação; disrupção legal; prestação de contas; fontes de direito.

ABSTRACT: This paper analyzes considers self-regulation as a means of legal disruption at the national and international level. At the domestic level, self-regulation challenges the state-centered notion of legitimate coercion and production of Law. From an international perspective, Brazilian self-regulation has grown under the influence of the internal adoption of international standards created by private transnational governance bodies. Firstly, this paper argues that self-regulation can impose legal and accountability challenges on the traditional model of sources of Law. Secondly, it proposes measures to mitigate the conflicts of interests imposed by the creation and enforcement of rules by private parties.

Keywords: self-regulation; legal disruption; accountability; sources of Law.

Introduction

1. Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil. Foi Pesquisador Visitante na Georgetown University Law Center e Professor Substituto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil. Atualmente é Professor Adjunto da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio e Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV. Presidente da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e membro da Comissão de Direito Empresarial do Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/RJ.

2. Mestre e doutoranda em Direito da Regulação pela FGV Direito Rio. Pós-graduada em Direito Empresarial com ênfase em Societário e Mercado de Capitais na FGV. Graduada em Direito pelo Centro Universitário do Pará. Ex-Bolsista CAPES/FGV Direito Rio. Pesquisadora do Centro de Pesquisa em Direito e Economia (CPDE) da Fundação Getúlio Vargas.

This paper aims to analyze if and how capital markets self-regulation can serve as a tool for legal disruption in Brazil. The research considers self-regulation as a means of legal disruption both at the national and international level. At the domestic level, self-regulation challenges the notion that the nation state is the only legitimate center of coercion and production of Law. From an international perspective, after the world economic crisis of 2008 Brazilian self-regulation has grown under the influence of the internal adoption of international standards created by private or quasi-public transnational governance bodies, such as the International Organization of Securities Commission (IOSCO), and the International Financial Reporting Standards (IFRS). Therefore, financial markets self-regulation also challenges the traditional Westphalian way in which the national and international legal systems interact.

Despite the challenges faced by the legal system, financial markets self-regulation also changes the accountability standards and interactions between public and private sectors. On one hand, self-regulation can serve the public interest as a way of harnessing private capacity to foster the regulatory scheme; on the other, self-regulation can function as a means to capture regulatory agencies.

After the 2008 world economic crisis, financial markets' self-regulation in Brazil has been growing exponentially in its importance, scope and range. In this scenario, the development of financial market's self-regulation in Brazil evolved differently from what happened in developed economies, where many scholars and practitioners now consider the previous self-regulatory regime as one of the main causes of the regulatory failure that led to the economic crisis. The paper analyzes the Brazilian financial market's self-regulatory framework in two parts: First, it argues that self-regulation can impose legal and accountability challenges on the traditional model of sources of Law. Second, it proposes measures to mitigate the conflicts of interests imposed by the creation and enforcement of rules by private stakeholders in order to better accommodate the self-regulatory regime within the broad legal system.

1. Liberal internationalism and the rise of transgovernmentalism: legal and accountability challenges on the traditional sources of Law

The dominant contemporary paradigm for international cooperation is liberal internationalism, characterized by multilateral cooperation, usually involving international organizations (eg United Nations; International Court of Justice; European Union, International Monetary Fund). These international organizations are constituted by legally binding treaties that states willingly sign and ratify and as such are obliged to follow. In this respect, the main sources of international law nowadays are treaty law, international customary law and general principles of law recognized by nations.

The most common criticisms of this model are the: (i) unwillingness of states to yield further power to international institutions that could intervene in the national sovereignty; (ii)

with the growth of globalization and non-state actors on the international stage, states, fundamentals of the liberal model, are losing power and are no longer the center of international cooperation; and (iii) slow pace, formal procedures, and high bargaining costs of multilateral institutions.

According to Raustiala, international cooperation in the real world no longer seems to be between nations/states, but between similar government bodies around the world. A decentralized agency-networking model is replacing the liberal model of international organization and treaty. It is an expanding model and quite evident in regulatory cooperation⁴.

The advantage of obtaining cooperation through governmental networks is as discussed by Raustiala, in particular attributed to the fact that it is a forum for technical discussion, more flexible than traditional internationalism standards, which allows adaptations and seeks innovations in domestic regulation, promoting uniformity without further political inferences. In addition, enables emerging countries to comply with through technical assistance programs and specific training⁵.

The transgovernmentalism movement began in the late 1950s, but only received greater attention in the late 1990s, with the end of the bipolarized world and a new multipolar order arising, as noted above:

Over the course of the 1990s, however, several events cast a spotlight on a new generation of transgovernmental networks. As the bipolar State system of the Cold War disappeared and nonstate, substate, and supranational actors rode the tide of globalization, many pundits and scholars began heralding the era of complex, multilevel global governance, tied together by networks⁶.

Globalization and the technological advances are indeed major factors for the growth of transgovernmentalism likewise the emergence of networks to address the organization and activities of regulation.

As defined by Slaughter, government networks or transgovernmental networks are those in which government authorities meet on a regular basis with their peers from different borders

3. ZÜRN, Michael. (2002). From interdependence to globalization. Handbook of international relations, 235-254.

4. RAUSTIALA, K. (2002). The architecture of international cooperation: Transgovernmental networks and the future of international law. *Va. J. Int'l L.*, 43, 1, at 10.

5. RAUSTIALA, K. (2002). The architecture of international cooperation: Transgovernmental networks and the future of international law. *Va. J. Int'l L.*, 43, 1, at 7,9 e 24.

6. SLAUGHTER, A. M. (2001). The accountability of government networks. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 347-367, at 351.

7. SLAUGHTER, A. M. (2004). The power and legitimacy of government networks. *Society for International Dialogue, The Partnership Principle, New Forms of Governance in the 21st Century*, Archetype Publications.

8. *Supra* note 5, at 359

and jurisdictions. The purpose of these meetings includes information exchange, as well as coordination and policy-making activities to address common problems on a global scale⁷.

With regard to the typology of these networks, Slaughter presents three different types of transgovernmental regulatory networks based on the different contexts in which they arise and operate⁸. Slaughter indicates the existence of horizontal governmental networks that performs their activities among regulators of the same hierarchical level within their national structures, without greater coercive powers. For instance, IOSCO is an international discussion forum that has this type of characterization, besides also being considered by the author as an information network, where the exchange of information leads to common results of distilled regulatory standards as “best practices”⁹.

On this subject, transgovernmentalists contends that a peer-to-peer cooperation between national regulators or agencies is largely self-enforcing because each regulator can better implement its domestic mandate. In the next section, it will be analyzed this disrupting approach of transgovernmental networks regarding securities law¹⁰.

The globalization of capital markets have made securities law a concern of international law, especially after the world economic crisis of 2008. However, multilateral agreements are not quite common in securities Law. Instead of adopting the liberal internationalism standards as traditional sources of Law, the securities regulators “have embraced networks”¹¹.

In this respect, the International Organization of Securities Commissions (IOSCO) has the purpose to act as a forum for securities cooperation and gives structure to the regulatory network. Besides promoting the development of bilateral linkages (for example, through model memorandum of understanding - MOUs) IOSCO provides regular meetings and opportunities for network members to meet, learn from one another, and strengthen contacts.

As discussed previously, IOSCO is not a traditional international organization – the members are government authorities instead of states. Founded in 1983, more than 95% of the world's securities markets in more than 115 jurisdictions are under IOSCO member supervision; securities regulators in emerging markets account for 75% of its ordinary membership¹².

In order to comprehend IOSCO extend and its influence on the securities regulation of nation states worldwide, it is important to discuss the background of international relationships between regulatory agencies before the formation of IOSCO.

The United States of America (USA) is the world's leading capital market and its regulatory agency known as Securities and Exchange Commission (SEC) has actively cooperated with foreign agencies since the 1980s. By the late 1990s, the SEC was at the center of a web of international cooperation.

9. SLAUGHTER, A. M. (2009). *A new world order*. Princeton University Press, at 53-54.

10. SLAUGHTER, A. M. (2009). *A new world order*. Princeton University Press, at 217.

11. RAUSTIALA, K. (2002). The architecture of international cooperation: Transgovernmental networks and the future of international law. *Va. J. Int'l L.*, 43, 1., p. 29.

12. Available at: https://www.iosco.org/about/?subsection=about_iosco.

Considering the growing globalization of the world's financial markets and the increase in cross border operations and activities of regulated entities, the SEC has implemented the idea to enter into memorandum of understanding – MOUs with foreign agencies in order to provide protections to investors substantially similar to those provided in USA.

The MOU idea disseminated quickly: many emerging market states have also been quite active in entering into similar MOUs. Brazil has entered into in approximately 26 (twenty-six) MOUs, including one with the SEC creating a joint monitoring system for companies traded in both jurisdictions¹³.” For example, the SEC MOU with the Comissão de Valores Mobiliários of Brazil (CVM) entered into on July 24th of 2012 discusses the mutual assistance in the supervision and oversight of regulated entities that operate on a cross-border basis in the United States and Brazil. The MOU, also discusses their willingness to cooperate with each other in the interest of fulfilling their respective regulatory mandates particularly in the areas of: investor protection; fostering the integrity of and maintaining confidence in capital markets; and reducing systemic risk¹⁴.

Apparently, traditional treaty arrangements did not served properly to securities international cooperation purposes, once they “were seen as inadequate because they were too general and inflexible for highly technical and rapidly evolving securities market in which intense surveillance of legal activities is needed to detect illegal activities¹⁵”.

The growing adherence of MOUs enabled SEC to obtain information from many jurisdictions, including emerging and developed markets and indirectly affect the alteration of legislatures and regulations in other countries¹⁶.

In conformity with the widespread use of MOUs that SEC has established in the last forty years, IOSCO represents the expansion of this web into a transgovernmental level. Despite the non-existence of major multilateral securities treaties, through IOSCO, the domestic securities regulators are cooperating to share information, policy innovations and enforcement resources.

The dynamics of these networks and the recognition of the outputs produced are important factors that seem to influence the domestic implementation of the standards and recommendations formulated by IOSCO.

As discussed above, the role of IOSCO in financial markets is relevant and apparently, reputational risk is a factor considered by the government authorities in order to attest compliance with certain international standards.

13. *Supra* note 8, at 30.

14. Memorandum of Understanding: The United States Securities and Exchange Commission and The Comissão de Valores Mobiliários of Brazil. Concerning Consultation, Cooperation and the Exchange of Information Related to the Supervision of Cross-Border Regulated Entities. Available at: https://www.sec.gov/about/offices/oia/oia_bilateral/brazil-mou.pdf

15. PORTER, T. (2016). States, markets and regimes in global finance. Springer, at 114.

16. “The SEC has, on occasion, employed MLATs, which permit the SEC to reach abroad more effectively in criminal prosecutions. Where “dual criminality” requirements have stymied the SEC, as in the case of Switzerland, the SEC lobbied effectively to alter Swiss law.” RAUSTIALA, K. (2002). The architecture of international

The standards established by these transgovernmental networks are usually simply best practice guidelines, memoranda of understanding (MOUs), general frameworks and principles, which are not legally binding between regulators, do not require ratification by legislatures, and allow significant flexibility of implementation at the national level.

Nonetheless, some critics of the transgovernmental networks suggest that these networks could “reinforce the dominance of the major economic powers, influencing the normative and regulatory framework in agencies from other national states¹⁷”.

In Brazil, Prado, Rachman and Coelho conducted a research with the aim to identify the inspiration that leads to regulatory innovation from the analysis of the information contained in CVM documents. The purpose of the research was to verify if and how Brazil participates in the phenomenon of the change in the regulatory landscape, with the transference of the regulatory power from the national level to the transnational one¹⁸.

Therefore, in order to respond what influences the international recommendations of IOSCO had on the regulation process carried out by the Brazilian Securities Commission, the authors conducted a normative analysis of documents that made express mention of IOSCO studies and recommendations. In a survey from 2005 to 2014, it were found nineteen Public Hearing Announcements (“EAP CVM”) - for editing new rules -, which referred to IOSCO's position.

The research concluded that CVM has mentioned IOSCO's recommendations and standards in Public Hearing Editions and in the content of initiatives issued on topics relevant to the modification of the Brazilian regulatory standard on the capital markets. These two findings suggests that there is an effective relationship between participation in an international discussion forum and internally edited rules.

Regarding the representation problem within the networks, Helleiner and Porter defends that more voice should be given to developing countries in the decision-making processes. However, that is not the only concert with transgovernmental networks in securities Law.

As briefly introduced in the first section of this paper, in a national perspective self-regulation faces several criticism regarding the possibility of regulatory capture by institutions or agents of the regulated market that might jeopardize public interest and the lack of governance in its structure.

Such a capture is certainly deleterious to the public interest, given that once in “control” of the institution with regulatory power, self-regulatory institutions could direct efforts and regulatory interests to vocalize their own demands. Thus one could conjecture self-regulation is mobilized to the detriment of competitors responsible for the self-regulation of the (i) other

cooperation: *Transgovernmental networks and the future of international law*. Va. J. Int'l L., 43, 1., at 31.

17. RAUSTIALA, K. (2002). *The architecture of international cooperation: Transgovernmental networks and the future of international law*. Va. J. Int'l L., 43, 1, at 5.

18. PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora; COELHO, Alexandre R. (2015) *Internalizing regulatory international standards in Brazil: the IOSCO case*. In: *Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário – RDIET*, Brasília, Brazil. V. 10, nº 2, p. 231-263, at 247.

segments of the same sector, (ii) of other sectors of the economy that are upstream or downstream in the production chain and (iii) self-regulated sector or, mainly, its customers. This possible co-optation would materialize, for example, by obtaining approvals and restrictions regulatory¹⁹.

Besides, it is important to emphasize that self-regulation may still be relevant and influential in the political system, because it can provide a context, an environment, in which public agents regulators and private agents in the regulated sector meet and form bonds of trust with each other. In this context of relations between the public and private sectors, in a transparent, clear and out of predefined parameters for controlling the performance of public and private agents, it is reasonable to assume that these private agents may try to influence the performance of public agents in line with their objectives also through self-regulation²⁰.

These concerns also applies to transgovernmental networks. Accountability problems with transgovernmental networks includes not only relationships among public authorities from different countries but also between officials in transnational networks and other actors outside the official sector. Helleiner and Porter consider that there are two interrelated aspects of this. The first is the concern that the networks increasingly resemble a kind of transnational technocracy that is non-transparent and unresponsive to the public interest. The second is that transnational networks of officials are especially susceptible to “capture” by the financial actors of the market they are supposed to be regulating²¹.

The authors proposes four possible solutions: : (i) construct countervailing public sector arrangements, such as peer-review process; (ii) mitigate problems of technocracy and capture; (iii) restrict the types of rules generated by transnational regulatory networks; (iv) develop a “global interest” and a “global public sphere²²”.

Indeed, further research is necessary in order to understand how IOSCO's internal governance works, who participates and influences the discussions and decisions in the working groups, if and how Brazil effectively interferes.

Nevertheless, consider capital markets self-regulatory regime as a public interest sphere in a global perspective is the first step towards enhancing the transgovernmental networks practices in securities Law. Besides developing accountability mechanisms to improve governance inside these bodies structure.

2. Measures to foster legality and accountability of the Brazilian financial market self-regulation

As discussed in the previous section, this article aims to propose new institutional and

19. LIMA JUNIOR, João Manoel de (2018) *Autorregulação: regime jurídico*. Porto, Portugal: Editorial Juruá.

20. *Supra* note 17.

21. HELLEINER, E., PORTER, T. (2010). Making Transnational Networks More Accountable. *Economics, Management & Financial Markets*, 5(2).

22. *Supra* note 19, at 21.

legal measures to make self-regulation both accountable and legitimate from the political and legal stances. Therefore, this final section propose ways that the authors consider relevant, and especially of feasible adoption under the Brazilian legal system and institutional environment to achieve these objectives:

We developed the measures listed below upon the premise that the self-regulation has attained traction and a level of sophistication to such a high degree, that it should not be considered as a mere private action taken by private agents. Rather, Brazilian capital markets self-regulatory regime must start to be treated as a public or quasi-public sphere.

The public policy measures listed below also consider the necessity to mitigate the conflict of interests imposed by the creation and enforcement of private rules by private institutions directed to reduce the range of liberty of other private agents and the private enforcement of public rules solely by private agents. These two ways of interaction between private agents and public functions has grown in adoption in the Brazilian financial markets' self-regulation after 2008 world economic crises. For instance, *Bovespa Supervisão de Mercados* (BSM) - a privately owned self-regulatory institution - is to larger degree authorized by public law (Rule nº 461/2007 issued by the Brazilian Securities and Exchange Commission (CVM) to apply private penalties to other private parties participating in Brazilian organized capital markets. The conflicts of interest arise when a private party is *entitled* by a public institution (public law) to apply private fines and other penalties to private parties pursuant the alleged infraction of public regulation. In short, under these circumstances the private self-regulator may impose penalties on other parties as a mean to increase its revenues.

In this sense, the implementation of the measures proposed hereby would change the legal 'status' of the Brazilian financial market self-regulation which would then start to be considered as a quasi-public activity and, accordingly, would be subjected to a series of new public oversight and private controls. It is important to mention that the recognition of the quasi-public status of self-regulation and/or self-regulatory entities implies that these activities (rules creation and enforcement) share some common features of pure public and totally private entities. Which means that they may be subjected to public and private types of public supervision and control. From the public perspective, the penalized parties may be allowed to present recourses to public agencies against decisions taken by the self-regulators (the possibility to present recourses is a typical public instrument to check the political legitimacy and legal regularity of a public official decision). From a private perspective, the self-regulatory entities may borne the stability of its bureaucrats performing self-regulatory activities (a typical way to protect the autonomy of private employees acting on behalf of the public or a professional category). For instance, Brazilian union leaders have job stability, which allow them to take unpopular decisions on behalf of the public interest. Therefore, the private employers have to abide to this type of restriction imposed by the article 8º, item VIII, of the Brazilian Federal Constitution, and article 543 of the Brazilian Consolidated Labor Laws - CLT.

It is important to stress the necessity of this double standard of controls over self-

regulation because otherwise the hybrid *de facto* status of self-regulation may imply the lack of both public and private control. This is because the private status of the self-regulatory entities may insulate them from the public controls and the exercise of public function may grant them some kind of *state like* power.

Finally, we propose the following measures to make self-regulatory entities and personnel accountable and better aligned to the Brazilian legal and regulatory system:

(a) The financial statements of self-regulatory entities shall be elaborated accordingly the Brazilian generally accepted accounting standards (BR-GAAP), made public available and be audited by the independent auditor. The ideal is that this independent auditor be a public auditor (such as the The Federal General Accounting Office of Brazil (TCU), but – considering that nowadays these financial statements are not subjected to any public scrutiny – it is possible to admit, in a second-best fashion, that these financial statements be audited by a private auditor duly authorized before the Brazilian Securities and Exchange Commission (in the same way that the Brazilian listed companies);

(b) The self-regulatory entities and activities shall be periodically subjected to a Parliamentary Oversight Committee. This committee would be responsible for assure that the creation of new private rules and standards by self-regulatory entities is subjected to some form of political and democratically legitimate scrutiny. The idea is that the creation and enforcement of standards is too important for the public interest and for the democratic legitimacy that it cannot happen as it were created in a totally private, shadowy and opaque context;

© The economic agents affected by the self-regulatory entities' punitive decisions need to be able to appeal to public agencies responsible for the oversight of the self-regulation entities and activities;

(d) The self-regulatory entities need to disclose and report periodically the activities performed during specific periods. In the Brazilian context, this could be done annually in the same way that the public companies and the reports would be available to public consultation at both the self-regulatory and public regulatory agency websites. The purpose of this measure is to guarantee that the market participants, general public and public agencies are duly informed about which the measures were taken by self-regulators, how those measures were implemented, who were the affected parties, and what are the intended and unintended consequences of the self-regulatory measures;

(e) The election processes for the self-regulation higher administration officers and directors need to be conducted publicly and open to general public participation. This open procedure would aim to guarantee a proper balance among the interest of the financial markets' main players, the general public, consumers and relevant stakeholders in the direction of the self-regulatory entities;

(f) Once the self-regulatory entities' directors are elected, their actions need to be subjected to financial market regulatory agencies oversight with the possibility to have their mandates unilaterally revoked by the state agencies if they commit any proven irregularities against

financial market competition, abuse of market power or white collar crimes;

(g) The hearings and meetings of the principal directors of the self-regulatory entities need to be open to the public, especially those installed to approve the beginning, decide and judge self-regulatory administrative cases that could result in the patrimonial, professional or reputational effects on the self-regulated;

(h) The self-regulatory entities shall adopt institutional recall processes of their directors that have engaged in purpose deviation of the self-regulation or in activities contrary to the public interest, such as seek to favor their private businesses or corporations or any other third parties in detriment of the legitimate public interest purposes of self-regulation;

(I) The financial and capital market regulatory agencies²³ and antitrust public authorities (especially the Administrative Council of Economic Defense - CADE) should work closely with the self-regulatory entities in order to prevent the use of the self-regulatory rules, standards or procedures for anti-competitive reasons or in the detriment of public interest. For instance, self-regulation could be used as a way to create barriers to new players entering the market or a way to increase the operational costs of the small- and medium-size competitors;

(j) The self-regulatory entities should allow the participation of others private associations representing financial market consumers and affected stakeholder's interests in their rule creation and enforcement processes. This measure attempt to guarantee the self-regulatory measure would not be adopted with the exclusive objective to protect the (main) players of the self-regulated industry's interest;

(k) The creation of new self-regulatory entities, as well as the expansion of the existing self-regulatory initiatives to new financial markets' segments not yet self-regulated, need to be previously authorized by law or by public regulators in order to prevent the opportunistic use of self-regulation as the creation of new business opportunities and sources of revenue for the self-regulators;

(l) The financial markets self-regulators shall be obliged by law or public regulation to have ombudsman's offices responsible for receiving and handling clients and general public reports, complaints and demands, in order to further the transparency of the self-regulatory entities by becoming a fundamental channel for general public's participation in, and democratic oversight of, private self-regulation;

(m) The new rules, regulations and policies adopted by self-regulatory entities need to be preceded by regulatory and competition impact analysis, in order to mitigate the possible negative externalities deriving from the creation of new private standards;

23. Mainly the Securities and Exchange Commission of Brazil - CVM, the Central Bank of Brazil – BCB, the Superintendence of Private Insurance – Susep and the National Complementary Welfare Superintendence – Previc.

24. The Brazilian Business Registry Law (Law N° 8.934/97, article 8, item VI) define that the Brazilian registrar of Commerce has to keep registry of the common uses and practices of each and any market segment. Therefore, any market association have the right to apply for public registration of the practices it deems representative of particular

(n) Since self-regulation usually grows under the financial market's *best practices* label, the self-regulatory and private conduct codes and institutional procedures shall be subjected to public registry and scrutiny before the Brazilian Registrar of Commerce²⁴. The vast adoption of this procedure – already prescribed by Law – would, alone, make the Brazilian financial market self-regulation system more legitimate (from a democratic perspective) and better aligned to the Brazilian legal system considering the it has already determined a legal process to define, consolidate and amend the commercial uses and practices;

(o) The financial markets self-regulatory entities shall follow the openness, transparent and democratic procedures prescribed by the Access of Information Law (Law N° 12.527/11). This Law, in its actual form, is only applicable to public institutions, but, upon the recognition of the quasi-public status of the self-regulatory entities, it is reasonable to argue that these private institutions also need to adapt themselves to the instruments of public control and oversight prescribed by the Access of Information Law²⁵. Depending on the degree of openness and transparency of the self-regulatory entity, this measure adoption may occur in two different ways. Voluntarily, if the self-regulatory entity accepts to follow the Access of Information Law as an *over compliance* practice; or, involuntarily, if this requirement starts to be followed by a private institution by force of public regulation, judicial decisions or an eventual change in the Access of Information Law (what would require a significant amount of legislative effort and time);

(p) The self-regulatory entities need to adopt a *consensualist* approach in its interactions with markets participants, government and the general public, this approach would prevent the undue use of private self-regulatory disciplinary procedures against 'outsiders' market participants or competitors of the self-regulators. Worth to mention that a less adversarial and more pro-active and horizontal approach between rule makers and enforcers, on one hand, and regulated, on the other, has been gaining theoretical importance in the academic literature about the *Administrative State*;

(q) The institutional procedures – especially the disciplinary ones – performed by the self-regulatory private entities shall grant the affected parties (both members of the private institution staff or market participants that agreed to follow the self-regulatory rules) the same level of respect of their material and procedural fundamental rights and freedoms granted to them by the public institutions; such as the affected parties being given the opportunity to present their full defense and to confront the self-regulatory decisions and adversary proceedings;

(r) Last but definitively not least, the fines, damages and/or reimbursements imposed on the market participants by the self-regulatory entities shall be paid directly to collective private

market. After that public registration, the practice is considered by the Law as commonly accepted and can become a legitimate source of commercial law and can be used to solve judicial and administrative cases. This procedure thoroughly regulated by the Federal Decree N° 1.800/96.

25. Namely the right of any interested party to ask for information regarding internal administrative procedures, Law N° 12.527/11, Article 10. the commonly used and generally accepted practices of that

arrangements of, when feasible, to state owned or managed accounts. This is because the imposition of charges is major conflict of interest factor in the actual Brazilian self-regulatory landscape. The majority of the fines imposed on private (and even public) parties by the self-regulatory entities become cash availabilities for the self-regulatory entity itself. Therefore, this measure would significantly reduce any private financial interest that the self-regulatory entity may have in an ever-expanding self-regulatory source of revenue in the detriment of public interest.

References

AYRES, Ian; BRAITHWAITE, John (1992) *Responsive regulation: transcending the deregulation debate*. Nova York: Oxford University Press, USA.

BLACK, Julia (2010) *The rise, fall and fate of principles based regulation*. LSE Law, Society and Economy Working Papers 17/2010. Available at: www.lse.ac.uk/collections/law/wps/wps.htm.

BLACK, Julia (2001) *Decentring regulation: understanding the role of regulation and self-regulation in a 'post-regulatory' world*. *Current Legal Problems*, Oxford: Oxford University Press, v. 54, n. 1.

BLACK, Julia (1997) *Rules and regulators*. Oxford: Oxford University Press.

BLACK, Julia (1996) *Constitutionalizing self-regulation*. *Modern Law Review*, Oxford: Blackwell Publishers, v. 59, n. 1, 1996.

GARDELLA, Maria Mercè Darnaculletai (2014) *Los instrumentos normativos de regulación bancaria em el sistema de fuentes del derecho*. In: ARMENDÁRIZ, María Amparo Salvador (Ed.) *Regulación bancaria transformaciones y estado de derecho*. 1. ed. Spain: Thomson Reuters Aranzadi, p. 131-183.

GÓES, Gabriela Andrade (2018) *The influence of IOSCO's regulatory standards on self-regulatory models adopted by BSM and ANBIMA*. In: *Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais*, v. 81, p. 35 – 50.

GUNNINGHAM, Neil; SINCLAIR, Darren (2017) *Smart regulation*. In: DRAHOS, Peter (Editor). *Regulatory theory: foundations and applications*. Acton: The Australian National University – ANU Press, Australia.

HELLEINER, E., PORTER, T. (2010). *Making Transnational Networks More Accountable*. *Economics, Management & Financial Markets*, 5(2).

FREEMAN, Jody (2003) *Extending public law norms through privatization*. *Harvard Law*

Review, Cambridge: Harvard Law School, v. 116, n. 5.

FREEMAN, Jody (1999) Private parties, public functions and the new administrative law. Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=165988> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.165988>

KARMEL, Roberta S. (2008) Should securities industry self-regulatory organizations be considered government agencies? In: *Stanford Journal of Law, Business and Finance*, Stanford: Stanford University, v. 14, n. 1.

LIMA JUNIOR, João Manoel de (2018) *Autorregulação: regime jurídico*. Porto, Portugal: Editorial Juruá.

PORTO, Antônio José Maristrello; LIMA JUNIOR, João Manoel de; SILVA, Gabriela Borges (2019) Autorregulação e função sancionadora no âmbito da BM&FBOVESPA Supervisão de Mercados (BSM) In: *Revista Interesse Público*, v. 21, p. 185-206.

PRADO, Viviane Muller; RACHMAN, Nora; COELHO, Alexandre R. (2015) Internalising regulatory international standards in Brazil: the IOSCO case. In: *Revista de Direito Internacional, Econômico e Tributário – RDIET*, Brasília, Brazil. V. 10, nº 2, p. 231-263.

RAUSTIALA, K. (2002). The architecture of international cooperation: Transgovernmental networks and the future of international law. *Va. J. Int'l L.*, 43, 1.

SLAUGHTER, A. M. (2001). The accountability of government networks. *Indiana Journal of Global Legal Studies*, 347-367.

_____ (2009). *A new world order*. Princeton University Press.

ZÜRN, Michael. (2002). From interdependence to globalization. *Handbook of international relations*, 235-254.

WESTERMAN, Pauline (2009) Who is regulating the self? self-regulation as outsourced rule-making. In: HERTOOG, Marc; WESTERMAN, Pauline (Orgs.). *Self-Regulation and the Future of Regulatory State International and Interdisciplinary Perspectives*. Groningen: University of Groningen.

WESTERMAN, Pauline (2008) *From Democracy to Accountability*. In: KOFMEL, Erich (Ed.). *Major Trends in Anti-Democratic Thought*. Groningen: University of Groningen.

“GUERRA É PAZ. LIBERDADE É ESCRAVIDÃO. IGNORÂNCIA É FORÇA”: A LITERATURA ORWELLIANA, O TOTALITARISMO E A CRISE DA DEMOCRACIA.

Alysson Luiz Freitas¹

Pedro Abder Nunes Raim Ramos²

RESUMO: Neste artigo discutiremos sobre as tensões vivenciadas nesta última década do século XXI. Debateremos a respeito do crescimento de partidos extremistas nos países ocidentais. Tal crescimento, com seus discursos e práticas, nos aproxima dos anos que antecederam a formação de governos totalitários no século XX. Diante desses fatos, indagamos: a nossa democracia encontra-se ameaçada por uma guinada totalitária? Estabelecemos um debate entre teóricos do totalitarismo e o literato George Orwell com o objetivo de entendermos melhor sobre o advento dos estados totalitários. Esperamos que através dessas análises tenhamos elementos para melhor compreensão do que se passa com a democracia no presente.

Palavras-chaves: Totalitarismo; Democracia; George Orwell; Século XX.

ABSTRACT: In this article, we will discuss about the experiences of the last decade of the 21st century. We will discuss the growth of extremist parties in western countries. Such growth, speeches and practices, in the last years, remind us of the formation of totalitarian governments in the twentieth century. Given these facts, is our democracy threatened by a totalitarian shift? Setting up a debate between the orists of totalitarianism and George Orwell we aim to better understand the advent of totalitarian states. We hope that through an alysis we will find elements for a better understanding of what goes on with our democracy in the present.

Keywords: Totalitarianism; Democracy; George Orwell; 20th century;

1. A CRISE DA DEMOCRACIA? UM PANORAMA SOBRE O CRESCIMENTO DO DISCURSO AUTORITÁRIO NO SÉCULO XXI.

“Não somos mais sábios do que os europeus que viram a democracia dar lugar ao fascismo, ao nazismo e ao comunismo no século 20. Nossa única vantagem é poder aprender com a experiência deles”, afirmou o historiador Timothy Snyder, a quem a professora Lilia Schwarcz (2019) recorre ao iniciar as suas análises sobre a República de Weimar³ e a contemporaneidade.

1. Doutor em História Social Pela Universidade de São Paulo. Professor do Departamento de História da Universidade Estadual de Montes Claros. Professor do curso de Direito das Faculdades Santo Agostinho.

2. Mestre em Ciências Humanas pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri – UFVJM.

Segundo a socióloga, nos encontramos em um período marcado por “democraduras⁴” e passamos por instabilidades que se assemelham ao contexto que antecede à ascensão do nazismo na Alemanha, conforme destacado abaixo:

Um período marcado por grandes conquistas democráticas e por avanços na agenda de direitos civis que deu lugar a outro, que tem colocado em questão todos esses ganhos sociais. Por outro lado, o momento presente também tem sido caracterizado por apresentar índices de recessão, ódios divididos, descrença nos valores democráticos, falta de compromisso no bem-estar e na justiça social por parte dos governantes e decréscimo na agenda de conquistas sociais. Também fazem parte destes novos governos os ataques às minorias, às academias, às instituições e aos jornais, e a ascensão de governos populistas que usam a máscara de vingadores. (Schwarcz, 2019, s/p)

O jornalista Juan Arias, do EL PAÍS, assinou em 12 de agosto de 2019 um artigo de opinião com o título: “Brasil vive um clima de pré-nazismo enquanto a oposição emudece”. Segundo o jornalista, somente no mês de julho, o presidente do Brasil, Jair Bolsonaro, proferiu mais de cinquenta insultos a mais de cinquenta alvos diferentes da sociedade civil⁵. Em contrapartida, observa-se a oposição, defensora dos valores progressistas e democráticos, silenciada, acreditando no desgaste do presidente, o qual é assumidamente de extrema-direita e que sinalizou em vários momentos sua afinidade pelo autoritarismo.

Ainda segundo o jornalista do EL PAÍS, em todos os movimentos autoritários do passado moderno, os grandes líderes que apelavam para a violência em seus discursos começaram sendo vistos como algo inócuo diante da indiferença e, até mesmo cumplicidade da oposição, acabaram por estabelecer uma política pública de genocídios que levaram a milhares de mortos, dentre eles, opositores políticos e ideológicos, além das minorias sociais.

Esse fenômeno não é restrito ao Brasil, a ascensão de governantes com bandeiras nacionalistas, com um discurso fundamentado na religião e no belicismo é algo característico da última década em todo o mundo ocidental.

Na Espanha, observa-se o crescimento do partido da extrema-direita, VOX, liderado por Santiago Abascal, que nas últimas eleições parlamentares surpreendeu ocupando 24 cadeiras do congresso espanhol. Na Itália, o líder do partido nacionalista Liga Italiana, Salvini, foi alçado a

3. Governo organizado na Alemanha após o final da Primeira Guerra Mundial, 1919, até a ascensão do nazismo, 1933. Um governo liberal parlamentar, que representou um hiato na história alemã, que saía de uma monarquia de caráter militarista, e experimentou um governo democrático, marcado pela conquista de direitos, que entrou em crise no final dos anos 20 e início dos anos 30.

4. Segundo Schwarcz (2019), as “democraduras” são governos eleitos democraticamente mas que praticam formas autoritárias de atuação.

5. Ver mais em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/20/opinion/1566327462_691370.html> acessado em novembro de 2019.

vice-primeiro-ministro e ministro do interior, após o partido surpreender nas eleições gerais de 2018, terminando o pleito em terceiro lugar geral. No posto, Salvini proibiu que um barco de resgate de imigrantes, com mais de 600 pessoas aportasse em uma cidade italiana. A Hungria encontra-se, desde 2018, no terceiro mandato do primeiro-ministro Viktor Orbán, em uma eleição marcada pelo tema da imigração. O que chama a atenção no seu terceiro mandato é a guinada autoritária. Colocando aliados em meios de comunicação, estabeleceu novas regras trabalhistas, criticada como “lei da escravidão⁶”, e assumiu uma postura beligerante contra as ONG's. Orbán, desde 2014, colocou-se em oposição à democracia liberal e favorável a democracia cristã. Segundo o primeiro-ministro, na Hungria a prioridade é a cultura cristã, não o multiculturalismo. Além de ser contrário a imigração, algo pertinente às democracias liberais⁷.

Na Alemanha, observa-se o crescimento do partido de extrema direita - AfD, que ingressou no parlamento nacional pela primeira vez nas eleições de 2017, com 12,6% dos votos, tornando-se a principal oposição à chanceler Angela Merkel. O AfD define-se como um partido anti-euro e anti-imigração e apresenta resistência a aceitação de refugiados da chanceler. Na França, observou-se a ascensão e a estagnação de Marine Le Pen, líder da extrema direita, derrotada por Emmanuel Macron na disputa presidencial em 2017. No entanto, após mudança de nome, o partido Agrupamento Nacional (ex-Frente Nacional) venceu as eleições para o Parlamento Europeu em maio de 2019⁸.

As eleições gerais para o Parlamento Europeu, ocorridas em 2019, expuseram o quão delicado é o período e o contexto em que nos encontramos. Os partidos nacionalistas, populistas e de extrema-direita saíram fortalecidos, como o caso a Agrupamento Nacional, da França, Alternativa para a Alemanha (AfD) e a Liga Italiana, entre outros. Juntos, o bloco da extrema-direita conquistou aproximadamente 10% das cadeiras do parlamento⁹.

Na América do Sul, a situação não se encontra diferente. O Chile, no final do ano corrente¹⁰, vivenciou uma onda de protestos contra o governo neoliberal do presidente Sebastián Piñera. O país foi considerado o mais próspero do continente sul americano, com um crescimento econômico em torno de 4% anuais, algo acima dos seus vizinhos do continente. No entanto, em contraste com as estatísticas econômicas, em meados de outubro a população chilena foi às ruas, conduzida pelos protestos estudantis após o aumento das passagens no transporte público. Desde então, podemos observar a veia autoritária do neoliberalismo chileno. Como medida de combate às manifestações sociais no país, o governo decretou Estado de Emergência, que colocou o exército em confronto com a população, além de toque de recolher. Na Bolívia, o presidente, Evo Morales, renunciou ao cargo após 14 anos na presidência, pressionado pelos chefes das forças armadas e policiais da Bolívia. Instaurou-se um governo interinoda segunda vice-presidente do

6. Reforma nas leis trabalhistas na Hungria que aumenta as horas extras obrigatórias do trabalhador de 250 horas para 400 horas. O que gerou protestos em dezembro de 2018.

7. Ver mais <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/03/quem-sao-os-lideres-por-tras-do-avanco-da-direita-radical-na-europa.ghtml>> acessado em novembro de 2019.

Senado, a opositora Jeanine Aïnes, que reivindicou o direito de assumir a presidência em uma sessão esvaziada do parlamento boliviano. A Venezuela está em crise desde a reeleição do presidente Nicolás Maduro, a democracia no país encontra-se fragilizada, uma vez que o regime chavista permanece no poder desde o final do século passado. Em um contexto marcado pela crise econômica, social e internacional, o líder da oposição e do parlamento venezuelano, Juan Guaidó se autoproclamou presidente, colocando o estado em uma turbulência nacional e internacional.

No Brasil, discursos por parte de aliados do governo Bolsonaro defenderam a implementação de um novo Ato Institucional número cinco, no caso de eclodirem manifestações no território nacional. O AI-5, decretado em 1968, foi responsável pelo período mais violento da ditadura militar no Brasil (1964 - 1985). Através desse decreto presidencial ocorreu o fechamento do congresso nacional, colocou-se fim ao *habeas corpus* e cassaram-se os mandatos e direitos políticos dos opositores ao governo, entre outras atitudes, conforme podemos analisar no portal da legislação, no site oficial do Planalto:

Suspende a garantia do *habeas corpus* para determinados crimes; dispõe sobre os poderes do Presidente da República de decretar: estado de sítio, nos casos previstos na Constituição Federal de 1967; intervenção federal, sem os limites constitucionais; suspensão de direitos políticos e restrição ao exercício de qualquer direito público ou privado; cassação de mandatos eletivos; recesso do Congresso Nacional, das Assembleias Legislativas e das Câmaras de Vereadores; excluem da apreciação judicial atos praticados de acordo com suas normas e Atos Complementares decorrentes; e dá outras providências. (Planalto, 2019, s/p)

A banalização de discursos como o proferido pelo Deputado Eduardo Bolsonaro em uma entrevista à jornalista Leda Nagle e sustentado por alguns ministros vão contra os preceitos democráticos, estabelecidos pela Constituição Federal de 1988.

Através desse panorama geopolítico estabelecido até aqui, levantamos o seguinte problema: a democracia liberal, assim como no século passado, encontra-se ameaçada pela ascensão de novos governos totalitários?

Diante desse contexto aqui exposto, faz-se importante estabelecermos que o totalitarismo foi um regime político característico do continente Europeu no período entre guerras, colocando-se como uma via de oposição ao liberalismo, Fascismo (1922 - 1945), Nazismo (1933 - 1945) e

8. Ver mais <<https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/05/03/quem-sao-os-lideres-por-tras-do-avanco-da-direita-radical-na-europa.ghtml>> acessado em novembro de 2019.

9. Ver mais em <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-48420794>> acessado em novembro de 2019.

10. Até a conclusão deste artigo os protestos não haviam se encerrado.

Stalinismo (1924 - 1953), são considerados os exemplos clássicos de governos totalitários, tanto a extrema-direita, quanto a extrema-esquerda, servindo como inspiração para outros governos.

Através dessas análises, temos por objetivo, no presente artigo, estabelecer um diálogo entre a literatura e as ciências humanas, sociais e políticas, não para atingirmos uma resposta a respeito do problema levantado acima, mas sim, para buscar compreender a respeito da teoria do totalitarismo. Dessa maneira contribuiremos para o amadurecimento das discussões acerca das rupturas autoritárias da década 1920 e 1930, auxiliando o fortalecimento da democracia no presente.

2. A LITERATURA ORWELLIANA E A SUA IMPORTÂNCIA PARA OS ESTUDOS SOBRE O TOTALITARISMO:

Nesse atual cenário político de globalização a “obra de Orwell cinge a todos com temas que, de maneira semelhante ao que fez em seu tempo, identificam o tempo presente”(XAVIER, 2016, p.136). Ainda segundo o cientista social:

“os temas são a incerteza quanto ao modelo de governo estatal, a diminuição de liberdades e autonomias e o aniquilamento da estética e da pluralidade, através da massificação da população em torno de valores assépticos de racionalidade, progresso, utilidade e finalidade. Estas restrições estão presentes na realidade do mundo de hoje tanto quanto no cenário mais evidente criticado por Orwell, embora as feições do monstro leviatã sejam outras. (XAVIER, 2016, p.136)

Os livros *Revolução dos Bichos* e *1984*, de George Orwell, figuraram no ano de 2018 entre os vinte livros mais comercializados no Brasil. No ano de 2017, a distopia *1984* liderou o mercado literário nos Estados Unidos. Em 2013, após o escândalo da Agência de Segurança Nacional (NSA) dos Estados Unidos, exposto por Snowden e Glenn Greenwald, a venda de *1984* aumentou em 6% nas primeiras vinte e quatro horas¹¹. Tais estatísticas são importantes no levantamento de duas hipóteses: (i) As pessoas não estão inertes ao que acontece na geopolítica, e, observando as transformações que se processam, buscam meios para compreender tais transformações. (ii) As pessoas confiam na literatura como um meio para buscar uma compreensão sobre essas transformações que se processam no contexto internacional.

Segundo Ramos, “não nos causa surpresa que a distopia [*1984*] de vigilância descrita por Orwell, marcada pelo conflito entre superestados, as desinformações e a manipulação, expressem as nossas ansiedades contemporâneas”(RAMOS, 2019, p.13). E continua: “Assim, o interesse

11. Ver mais em: RAMOS, Pedro Abder Nunes Raim. **IMPERIALISMO EM GEORGE ORWELL**: uma análise do pensamento orwelliano acerca do imperialismo britânico no século XX. 2019. 152f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri - UFVJM. Diamantina, 2019.

nos pensamentos de Orwell, em especial no que o escritor produziu acerca da política do totalitarismo, de direita e esquerda, faz desse intelectual uma figura cultural imponente, ainda que passados quase setenta anos de sua morte” (RAMOS, 2019, p.14).

Segundo Rodden (1989):

O termo “orwelliano” evoca imagens de um mundo degradado onde a vigilância e a suspeita permeiam todas as relações sociais e a desinformação passa pela verdade. Em forma de adjetivo, Orwell é transformado em um universal singular “sartriano”, um indivíduo através do qual o espírito “universal” de uma época encontra expressão e de cujas experiências “singulares” o caráter da época é forjado. (RODDEN, 1989, p. 11, tradução nossa).

As produções de Orwell alcançaram tamanha proporção porque em sua própria trajetória de vida encontramos elementos que demonstram a transição geopolítica, cultural e social vivida na passagem do século XIX para o XX. As obras de Orwell ganharam notoriedade, especialmente por não fugirem dos problemas pertinentes ao contexto em que vivia. Orwell ao longo da sua trajetória literária se expôs, na busca de analisar as situações vividas sem o devido distanciamento histórico, o que, por muitas vezes, colocou-o em contradição¹².

O nome Orwell ganhou destaque como um dos principais romancistas da segunda metade do século XX e sua crítica ao totalitarismo ganhou proporção mundial, sendo apropriada e ressignificada, especialmente, com o desenvolvimento das tensões entre o capitalismo e o comunismo. Nesse sentido, a literatura orwelliana sobre o totalitarismo é uma importante fonte para que se busque analisar o que foi totalitarismo, uma vez que através de suas experiências Orwell foi responsável por escrever uma das mais vendidas distopias da história.

Hobsbawm (1995) ressalta a importância de Orwell para o desenvolvimento do termo totalitarismo para o século XX:

O romance *1984*, de George Orwell (publicado em 1948), deu essa imagem ocidental da sociedade totalitária sua mais poderosa forma: uma sociedade de massa de cérebro lavado, sob o olhar vigilante do “Grande Irmão”, do qual só o ocasional indivíduo solitário discordava. (Hobsbawm, 1995, p.383)

Contudo, para atingirmos nossos objetivos é fundamental estabelecer análises a respeito da metodologia. O aporte teórico importante para os nossos estudos foi o da história dos intelectuais e o da sociologia dos intelectuais. Nesses domínios encontramos espaço fértil para o

12. Ver mais em: RAMOS, Pedro Abder Nunes Raim. **IMPERIALISMO EM GEORGE ORWELL**: uma análise do pensamento orwelliano acerca do imperialismo britânico no século XX. 2019. 152f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri - UFVJM. Diamantina, 2019

desenvolvimento dos nossos trabalhos, a partir da interdisciplinaridade que esse estudo exigiu. Silva (2002) expõe que nesse procedimento de análise faz-se necessário a constatação das articulações internas (discurso) e externas (contexto, conjuntura). Em uma perspectiva externalista, na qual nos concentramos na produção dos nossos estudos, “o foco analítico é deliberadamente posto nas condições sociais de produção das obras e não na forma e nos seus conteúdos substantivos” (PONTES, 1997, p.62).

Assim, acreditamos que, através da literatura orwelliana, conseguiremos estabelecer um diálogo com a teoria do totalitarismo, realizando uma análise sobre como ocorreu a ruptura da democracia no século XX e o desenvolvimento do totalitarismo na Europa.

3 O TOTALITARISMO NO SÉCULO XX:

chamada “Teoria do totalitarismo” ganhou força após a década de 1950. Essa denominação, segundo Silva (2000), seria fruto da apropriação negativa da expressão consagrada por Mussolini - “Tudo no Estado, nada contra o Estado, nada fora do Estado” - realizada pela oposição liberal italiana em 1923¹³. Portanto, a expressão “estado totalitário” começou a ser usada para caracterizar o regime italiano, dominado pelo Partido Fascista¹⁴, que carregava consigo a ideia de um partido que governa totalmente uma nação.

Essa expressão foi consolidada pelo alemão Hermann Rauschnig¹⁵, na década seguinte, que estendeu as críticas ao regime nazista¹⁶. Na Alemanha, governada pelo Partido Nazista, o termo comumente usado foi o de estado autoritário, o que trazia influências do modelo italiano, aproximando-se, portanto, da ideia de estado totalitário.

Em 1934, com a publicação da *Encyclopaedia of the social science*, de George H. Sabine, a expressão “estado totalitário” ganha maior proporção, passando a designar todas as ditaduras unipartidárias, que incluía não somente as ditaduras italiana e alemã, mas também a ditadura soviética, comunista.

Sobre a aplicação do conceito de totalitarismo ao comunismo soviético, encontramos na historiografia ressaltadas como as realizadas por Eric Hobsbawm, que assim escreveu:

Apesar de brutal e ditatorial, o sistema soviético não era 'totalitário', um termo que se tornou popular entre os críticos do comunismo após a Segunda Guerra Mundial, tendo sido inventado na década de 1920 pelo fascismo italiano para

13. Especialmente pelo jornalista Giovanni Amendola, opositor ao fascismo, que criticou a lógica do poder político total do estado. (Pipes, 1995)

14. Mussolini, e o Partido Fascista, assumem o poder na Itália no ano de 1922, a partir de um golpe de estado denominado “Marcha sobre Roma”.

15. Membro do partido nazista entre os anos de 1934 e 1936. Exerceu a função de Presidente da Cidade Livre do Senado de Danzing. Em 1936, rompeu com o Partido Nazista e emigrou para a Suíça e Estado Unidos, quando passou a denunciar o regime alemão através de seus livros (Bosworth, 1994).

16. Hitler ascende à posição de chanceler e com o falecimento do presidente Hindenberg, concentra a função de chanceler e presidente, se denominando de *Führer*, a partir de 1933

descrever seu próprio projeto. Até então fora usado quase exclusivamente para criticá-lo e ao nacional-socialismo alemão. Representava um sistema centralizado abarcando tudo, que não apenas impunha total controle físico sobre a população como por meio do monopólio da propaganda e da educação, conseguia de fato fazer com que o povo internalizasse seus valores. (...) Contudo, em todos outros aspectos, o sistema não era 'totalitário', um fato que lança considerável dúvida sobre a utilidade do termo. (Hobsbawm, 1995, p.383)

O conceito de totalitarismo, portanto, foi cunhado no calor dos eventos que marcaram a história política da Europa e mundial, sem o distanciamento histórico capaz de estabelecer limites e definições mais claras.

George Orwell, em seu ensaio radiofônico, *Literatura e Totalitarismo*, publicado em meio a Segunda Guerra Mundial, em 1941, associava a ideia de totalitarismo aos regimes alemão, soviético e italiano, mas temia a sua ascensão em caráter mundial, algo natural diante do avanço nazista desde 1936 e na Segunda Guerra Mundial. No ensaio em questão, Orwell apresentava sua opinião acerca desses regimes e os impactos desses governos sobre a literatura:

Pois esta é a época do Estado totalitário, que não permite e provavelmente não pode permitir qualquer liberdade do indivíduo. Quando se menciona o totalitarismo, pensa-se imediatamente na Alemanha, Rússia, Itália, mas penso que temos de enfrentar o risco de este fenómeno vir a ser mundial. É óbvio que o período do capitalismo livre está a chegar ao fim e que países, uns atrás dos outros, estão a adoptar uma economia centralizada a que se pode chamar de socialismo ou capitalismo de Estado, consoante se preferir. Com isso a liberdade económica do indivíduo, em grande parte a sua liberdade para fazer o que gosta, para escolher o seu próprio trabalho, para se deslocar de um lado para o outro na superfície da Terra chega ao fim¹⁷. (ORWELL, 2008, p.62)

Nesse excerto destacado podemos observar que Orwell chamava a atenção dos seus ouvintes para um fato no qual acreditava: que o “capitalismo livre” havia chegado ao fim. Não se dedicou, nesse ensaio, a propor sua opinião sobre qual o modelo que viria a substituí-lo, mas expôs características pertinentes a qualquer nova forma de governo: economia centralizada e cerceamento da liberdade do indivíduo. Para Orwell, os princípios liberais encontravam-se em

17. A tradução do ensaio se encontra no português de Portugal.

crise, os Estados totalitários evidenciaram isso. Conforme podemos observar em outro trecho do ensaio do intelectual:

O totalitarismo aboliu a liberdade de pensamento com uma intensidade de que jamais se ouviu falar em qualquer época anterior. E é importante ter consciência de que seu controlo do pensamento não é apenas negativo, mas também positivo. Não se limita a proibi-lo de exprimir - ou até de *pensar* - certos pensamentos; dita o que irá pensar, cria uma ideologia para si, tenta reger a sua vida emocional, assim como tenta estabelecer um código de conduta. E isola-lo tanto quanto possível do mundo exterior, fecha-o num universo artificial no qual o leitor não tem padrões de comparação. O Estado totalitário procura, em qualquer caso, controlar os pensamentos e emoções dos seus súbditos pelo menos tão completamente quanto controla as suas acções. (ORWELL, 2008, p.63, grifo do autor).

Através desses trechos, observam-se mais características, levantadas por Orwell para um Estado totalitário, além das expostas no parágrafo anterior: controle do pensamento e criação de uma ideologia. Assim, podemos constatar o fracasso do liberalismo burguês, estruturado sobre a égide iluminista, que norteou a sociedade ocidental até as primeiras décadas do século XX.

No livro *1984*, publicado originalmente em 1949, observamos em Orwell pensamentos semelhantes aos que expressou anos antes. O enredo da distopia desenvolve-se em um contexto de uma permanente guerra, tendo como personagem principal o cidadão da Inglaterra, Winston Smith. O partido único, o Ingsoc, possuía o domínio político e social do estado, a figura onipresente do “Grande Irmão” era o símbolo do terror. A Inglaterra, fazia partados domínios da Oceania, um superestado que controlou, aproximadamente, $\frac{1}{3}$ do planeta. Se levarmos em consideração o período e o contexto em que o enredo da distopia foi escrito, conhecido como Guerra Fria (1945 - 1991), todos os governos, segundo Orwell, de alguma maneira tornaram-se totalitários. A crítica realizada pelo autor em *1984* extrapola aos regimes alemão, italiano ou soviético, sendo direcionada também ao capitalismo, que criou mecanismo de estabelecer controle sobre a economia, o pensamento e a liberdade, semelhante aos governos que lhe faziam oposição. Esse posicionamento de Orwell corrobora com o seu pensamento expresso no início da década, quando escreveu o ensaio *Literatura e Totalitarismo*, de que o capitalismo liberal entrou em colapso. Na distopia orwelliana prevaleceu o totalitarismo, tanto nos regimes que se denominavam socialistas quanto naqueles que se denominavam capitalistas.

No mesmo livro, Orwell, através do personagem O'Brien, reitera sua opinião de que o totalitarismo não se restringia a extrema-direita, mas que o conceito poderia ser aplicado também ao regime comunista soviético, conforme podemos observar:

(...) no século XX, houve os chamados Totalitários. Os nazistas alemães e os

comunistas russos. Os russos perseguiram a heresia mais cruelmente que a inquisição. Imaginavam ter aprendido com os erros do passado; sabiam, ao menos, que era preciso não fazer mártires (...). A ordem dos antigos despotismos era “tu não farás”. Os totalitários mudaram para “tu farás”. Nossa ordem é “tu és”. (...) Os nazistas alemães e os comunistas russos muito se aproximaram de nós nos métodos, mas nunca tiveram a coragem de reconhecer os próprios motivos (...). Não se estabelece uma ditadura com o fito de salvaguardar uma revolução; faze-se a revolução para estabelecer a ditadura. (ORWELL, 1984, p.235-244)

É importante ressaltar que o uso da terminologia totalitarismo para designar os governos ditatoriais, unipartidários, associados ao fascismo, nazismo ou comunismo, generalizou-se somente após a Segunda Guerra Mundial, período em que surgiram alguns dos principais estudiosos a respeito do tema. Estudos como o de Hannah Arendt em *Origens do Totalitarismo*, publicado em primeira mão em 1951, e Carl Friedrich e Zbigniew Brzezinski em “*Totalitarismo e Autocracia*”, publicado originalmente em 1965, segundo Mário Stoppino (2000) formam os pilares dos estudos clássicos sobre o Totalitarismo, conforme podemos observar:

(...) o totalitarismo é uma forma de domínio radicalmente nova porque não se limita a destruir as capacidades políticas do homem, isolando-o da vida pública, (...) mas tende a destruir os próprios grupos e instituições que formam o tecido das relações privadas do homem, tornando-o estranho assim ao mundo e privando-o do seu próprio eu. (Stoppino/IN: Bobbio, 2000, p. 1248)

Podemos observar, através do excerto extraído que o objetivo do estado totalitário é a transformação da natureza humana e, para tal, os estados que estabeleceram essa forma de governo estruturaram-se em dois pilares, que são, segundo Arendt: ideologia e terror. Para a autora (2000), apenas dois regimes conseguiram estabelecer esses pilares, portanto os únicos totalitários, o nazismo e stalinismo.

Por ideologia podemos entender, a partir dos estudos de Noberto Bobbio (2000), que são mecanismos de domínio do pensamento, no caso dos estados totalitários, que pretende explicar com certeza absoluta e de maneira total o curso da história, construindo um mundo fictício e logicamente coerente no qual se fundamentam as diretrizes da ação, legitimada pela conformidade com a lei da evolução histórica.

Já o terror, especificamente, o terror materializado pelos estados totalitários, para Bobbio (2000), seria a tradução na realidade do mundo fictício, ideológico, confirmando não só o seu conteúdo, mas, sobretudo, a sua lógica deformada, portanto o terror seria a materialização da ideologia produzida pelo estado totalitário. Tais elementos atingem não somente os inimigos reais - existentes na fase de instauração do regime - mas também, os inimigos “objetivos” -

aqueles definidos pela orientação político-ideológica do Governo - e, em uma fase mais extrema, vítimas escolhidas ao acaso. Para Arendt (2000) o terror total constitui a própria essência do totalitarismo.

Orwell (1984) descreve sobre as práticas do terror adotadas pelo estado totalitário em 1984:

Na distância um helicóptero desceu beirando os telhados, pairou uns momentos como uma varejeira e depois se afastou num voo em curva. Era a Patrulha da Polícia, espiando pelas janelas do povo. Mas as patrulhas não tinham importância. Só importava a Polícia do Pensamento. (...) vivia-se por hábito transformado em instinto - na suposição de que cada som era ouvido e cada movimento examinado, salvo quando feito no escuro. (Orwell, 1984, p.8)

A Polícia do Pensamento era responsável por combater as ideias ameaçadoras ao estado, por Orwell denominado de “crimideia”. Mas Orwell nos mostra mais, escreve sobre o comportamento do sistema de justiça nos regimes totalitários, o que reforça a atmosfera de terror praticado pelo estado:

E era sempre à noite - as prisões eram sempre à noite. O súbito arranco ao sono, a mão rude sacudindo o ombro, as luzes ferindo os olhos, o círculo de cara implacáveis em torno da cama. Na vasta maioria dos casos não havia julgamento, nem notícia da prisão. As pessoas simplesmente desapareciam, sempre durante a noite. O nome do cidadão era removido dos registros, suprimida toda menção dele, negada a sua existência anterior, e depois esquecido. Era abolido, aniquilado, vaporizado era o termo corriqueiro. (Orwell, 1984, p.20)

A organização do estado totalitário, segundo os estudos clássicos, manifesta-se, principalmente, através do partido único, que traz consigo uma formação elitista e que estabelece a ideologia, e cria mecanismos para que essa se propague sem cessar, atingindo de forma sincronizada a todos os tipos de grupos e instituições sociais, com a politização das áreas mais remotas, como esportes ou atividades ao ar livre. A polícia secreta é a responsável pela técnica operacional, que segundo Bobbio (2000) transforma toda a sociedade em um sistema de espionagem onipresente no qual cada pessoa pode se transformar em um agente da polícia.

Em 1984, através do personagem O'Brein, Orwell estabelece críticas ao unipartidarismo característico dos estados totalitários, conforme analisamos acima.

O partido procura o poder por amor ao poder. Não estamos interessados no bem estar alheio; só estamos interessados no poder. Nem riqueza, nem no luxo, nem em longa vida de prazeres, apenas no poder, poder puro. (...) O objetivo da

perseguição é a perseguição. O objetivo da tortura é a tortura. O objetivo do poder é o poder. Agora começa a compreender? (ORWELL, 1984, p.244)

Através do excerto destacado, podemos inferir, segundo Orwell (1984), que o núcleo dos regimes totalitários se acha no poder. As demais características se adequam para atender a esse desejo. Para Orwell (1984), uma vez conquistado o poder, o Partido precisa criar mecanismos para manter os seus domínios. Nesse momento é que se faz importante a ideologia.

Controlamos a matéria porque controlamos a mente. A realidade está dentro da cabeça. (...) Não há nada que não possamos fazer. Invisibilidade, levitação ... tudo. Eu poderia flutuar no ar, como uma bolha de sabão se quisesse. Mas não quero, por que o Partido não deseja. Deves abandonar essas ideias do século dezanove a respeito das leis da natureza. Nós fazemos as leis da natureza. (Orwell, 1984, p.247)

Nos estudos de Friedrich e Brzezinski (1965) podemos observar que o totalitarismo carregava consigo traços característicos que se encontram nas organizações dos regimes. O autor destaca seis pontos balizadores desse regime de governo: (i) uma ideologia oficial, que trata de todos os aspectos da atividade e da existência do homem e que é incorporada por todos os membros da sociedade; (ii) o partido único, de massa e dirigido por um ditador, estruturado em hierarquia e que se responsabiliza pela organização burocrática do estado; (iii) um sistema de terrorismo policial que apoia e ao mesmo tempo controla o partido, que é dirigida aos inimigos do regime e contra a própria população; (iv) um monopólio do partido sobre a direção de todos os meios de comunicação de massa (a imprensa, o rádio e o cinema); (v) um monopólio do governo sobre todos os instrumentos de luta armada; (vi) um controle de toda a economia através da burocracia.

A combinação desses seis aspectos, mas, especialmente, entre a propaganda e o terror, confere aos governos totalitários uma força de penetração e de mobilização da sociedade, qualitativamente nova, em comparação com exemplos de regimes autoritários anteriores. O terror é construído pelo estado a partir do momento em que ele detém as informações, os canais de comunicação e lança nas mentes propagandas com o intuito de reeducar o homem cidadão. No entanto, o medo é disseminado pela própria sociedade, como no caso do Nazismo na Alemanha.

Nesse sentido, observamos uma semelhança entre as práticas adotadas pelos regimes totalitários ao que Michel Foucault denominou de “exame”, o que faz com que o medo se torne enraizado na cultura do cidadão que vive em uma sociedade dominada pelo regime totalitário.

O exame é a técnica pela qual o poder, ao invés de emitir os sinais do seu poderio, ao invés de impor sua marca aos súditos, capta-os num mecanismo de objetivação. No espaço que domina, o espaço disciplinar manifesta, para o

essencial, seu poderio organizando os objetos. (...) Tradicionalmente, o poder é o que se vê, se mostra, se manifesta e, de maneira paradoxal, encontra princípio de força no movimento com o qual a exhibe. (...) O poder disciplinar, ao contrário, se exerce tornando-se invisível: em compensação, impõe aos que submete um princípio de visibilidade obrigatória. (FOUCAULT, 2009, p.179)

Orwell (1984) descreveu em sua distopia o caso do Sr. Parsons que foi preso por cometer “Crimideia”, conforme podemos ver no diálogo abaixo:

- Baixou a voz, como alguém que se vê obrigado a pronunciar uma obscenidade, por ordem do médico ou do juiz.
- Abaixo o Grande Irmão! Sim, foi o que eu disse. E disse muitas vezes, ao que parece. Cá entre nós, meu velho, ainda bem que me pegaram antes que fosse além. Sabes o que vou dizer a eles quando comparecer no tribunal? “Obrigado”, direi, “obrigado por me salvarem antes que fosse tarde demais”.
- Quem te denunciou? - perguntou Winston.
- Minha filhinha - respondeu Parsons, como uma espécie de melancólico orgulho. - Escutou pelo buraco da fechadura. Ouviu o que eu disse e contou às patrulhas no dia seguinte. Sabidinha aquela guria de sete anos, hein? Não me queixo dela. Com efeito, tenho orgulho dela. Mostra, afinal, que lhe ensinei o que devia. (ORWELL, 1984, p.217).

A partir da citação em destaque podemos observar como Orwell expõe, através do diálogo, uma das formas de como a ideologia e o terror materializam-se nos estados totalitários. O espaço doméstico não é um espaço livre. Nem mesmo o sono ou o sonho são livres.

Na esteira dessa discussão, Marc Ferro (1995) afirma que ainda na década de 1960 cientistas políticos lançam novos estudos em que expõem novas análises em relação aos estudos considerados clássicos, analisados até aqui. Entre esses estão: Robert C. Tucker, em 1961, M. Fainsod, em 1963, e Leonard Schapiro, em 1969. A crítica desses autores, segundo Marc Ferro (1995), ataca concepções lançadas por Friedrich e Brzezinski, apresentando oposição em relação a três pontos: (i) a diversidade do papel e do peso do terror nos regimes totalitários; (ii) a diversidade da personalização do poder; (iii) a atenuação da importância da ideologia e dos muitos controles típicos do domínio do estado totalitário. Segundo Ferro (1995), essas divergências levaram a vulgarização da teoria do totalitarismo.

Outro aspecto pode ser encontrado em Tucker, ao defender o caráter do poder pessoal do ditador como uma condição essencial para o funcionamento do totalitarismo. Em Friedrich e Brzezinski, não encontramos de fato questões relativas à personificação do poder como algo essencial ao totalitarismo. Não podemos afirmar o mesmo sobre Arendt, que chegou a destacar o

papel fundamental exercido pelo ditador dentro das engrenagens do totalitarismo. Segundo Bobbio:

(...) o maior defeito das teorias clássicas do totalitarismo está em atribuir exclusivamente ao fanatismo ideológico todo o dinamismo do poder e do terror totalitário, com a consequência de esquecer ou minimizar de forma drástica a incidência do fator pessoal, representado pelo ditador. (BOBBIO, 2000, p.1256)

Orwell, em seu ensaio *Literatura e Totalitarismo*, chamou atenção para questões referentes à peculiaridade do papel da ideologia nos Estados totalitários. Segundo o intelectual:

A peculiaridade do Estado totalitarista é que, apesar de controlar o pensamento, não o fixa. Estabelece dogmas inquestionáveis, e altera-os dia para dia. Precisa dos seus dogmas, porque precisa da obediência absoluta dos seus súbditos, mas não pode evitar mudanças, que são ditadas pela necessidade política do poder. Autoproclama-se infalível, e ao mesmo tempo ataca o próprio conceito de verdade objectiva. Para dar exemplo grosseiro e óbvio, todo alemão até setembro de 1939 tinha de encarar o bolchevismo russo com horror e aversão, e desde Setembro de 1939 teve de encarar com admiração e afeição. Se a Rússia e a Alemanha entrarem em guerra, como pode muito bem acontecer nos próximos anos, outra mudança igualmente violenta terá de ocorrer. (ORWELL, 2008, p.65)

Orwell apontava para a capacidade de controle que o estado exercia sobre o cidadão nos regimes totalitários. Apontava para a volatilidade da ideologia do estado que a modificava de acordo com o interesse do governo. Destacamos o período histórico em que Orwell escreveu: o ensaio foi publicado em maio de 1941, meses antes do rompimento do acordo de não-agressão firmado entre alemães e soviéticos, o que garantiu a neutralidade soviética nos primeiros anos da Segunda Guerra Mundial. Orwell chama a atenção para uma característica dos regimes fascista e nazista, o anticomunismo, que fez com que formassem uma aliança em 1936, o Eixo Berlim-Roma - Tóquio. Mas, como observou Orwell, à medida que a política externa alemã alterava-se, mudava-se o comportamento do estado e do cidadão perante o inimigo.

Uma possível explicação para essa volatilidade apontada por Orwell pode ser encontrada no pensamento de Leonard Schapiro, que, segundo Ferro (1995), ressaltou a importância de se pensar o papel da personificação do ditador, como característica essencial do totalitarismo. Para Schapiro, a personificação do líder seria mais importante do que a própria ideologia, visto que o conteúdo e a aplicação da ideologia partem exclusivamente da vontade do ditador. Hannah Arendt, na introdução da terceira edição do livro *Origens do Totalitarismo*, em junho de 1966,

chamou a atenção para esse aspecto. Na análise em questão, a filósofa política destacou os casos da Alemanha e da União Soviética, que após a morte dos seus líderes viram os regimes Nazista e Stalinista, respectivamente, se extinguirem, ocorrendo o que chamou de “destotalitarização”, como destacamos abaixo:

Obviamente o fim da guerra em 1945 não trouxe o fim do governo totalitário na Rússia. (...) Decisivo nesse sentido não foi o fim da guerra, mas morte de Stálin, oito anos depois. Retrospectivamente, parece que essa morte foi seguida não apenas de uma crise de sucessão e de um temporário “degelo”, até que o novo líder se houvesse afirmado, mas de um autêntico, se bem sinuoso equívoco, processo de destotalitarização. (Arendt, 2000, p.340)

Um símbolo da distopia orwelliana é o “*Big Brother*” ou o “Grande Irmão”, que se tornou símbolo da onipresença do estado totalitário. A atmosfera de controle, ausência de liberdade, incapacidade do cidadão de alterar o *status quo*, o flagelo da sociedade, que não consegue estabelecer relações interpessoais, materializa-se no lema: “O Grande Irmão zela por ti”. As interpretações sobre a quem ou a o que Orwell atribuiu a ideia de “Grande Irmão” é diversa. Seria o partido? Seria o ditador? Seria o estado? Tal resposta não possuímos e não é a nossa intenção aqui. Importante ressaltar que na figura do Grande Irmão podemos materializar o comportamento do estado totalitário em suas várias características. Orwell (1984), ao longo de todo o livro, ressalta a onipresença do “Grande Irmão”, conforme podemos observar:

Tirou do bolso uma moeda de vinte e cinco centavos. Ali também, em letras minúsculas, porém nítidas, liam-se as mesmas frases; do outro lado a cabeça do Grande Irmão. Até o dinheiro aqueles olhos perseguiram. Moedas, selos capaz de livros, faixas cartazes, maço de cigarro - em toda parte. Sempre os olhos fitando o indivíduo, a voz a envolvê-lo. Adormecido ou desperto, trabalhando ou comendo, dentro e fora de casa, no banheiro ou na cama - não havia fuga. Nada pertencia ao indivíduo, com exceção de alguns centímetros cúbicos dentro do crânio. (Orwell, 1984, p.29)

Outro aspecto comum que podemos destacar em relação aos regimes autoritários, característicos do século XX, totalitários ou não, é a importância da sociedade de massa. Para Cassio Ortigati (2000), a sociedade de massa surge em um estágio avançado do processo de modernização da sociedade, relacionado diretamente ao desenvolvimento econômico, especialmente a partir da concentração de indústrias na produção de bens de massa. Nesse processo, nasce a figura do “homem-massa”, aquele homem que se sente à vontade quando é igual a todos. Esse conformismo do indivíduo faz com que o homem perca a sua individualidade, tornando-se igual aos demais homens, sendo formatado em acordo com o desejo dos outros. Nessa perspectiva, o a

alta instabilidade da sociedade de massa constitui o perigo ameaçador para a sobrevivência da democracia liberal e o agente mais eficaz para a instauração do totalitarismo.

Em 1984, podemos identificar elementos que exploram a condição de “homem-massa”, no qual a sociedade se encontrava. Orwell destaca o uso de eventos públicos, que eram organizados pelo Partido como forma de estabelecer a massificação do pensamento contra o inimigo comum do Estado. Esses eventos eram conhecidos como “A Semana do Ódio”.

No sexto dia da Semana do Ódio, depois das passeatas, discursos, gritarias e cantoria, bandeira, cartazes, filmes, esculturas em cera, rufar de tambores, guinchar de clarins, reboar de pés em marcha, ronco de esteiras dos tanques, zumbidos dos aviões no ar, troar de canhões - depois de seis dias de atividade, quando o grande orgasmo se aproximava trêmulo o clímax e o ódio geral contra a Euroásia se condensara tamanho delírio que a multidão teria certamente esquartejado com as unhas os dois mil prisioneiros de guerra euroasianos cujo enforcamento público se realizaria no último dia - exatamente neste momento, fora anunciado que a Oceania não estava mais em guerra com a Euroásia. Estava em guerra com a Lestásia. A Euroásia era aliada. (ORWELL, 1984, p.169-170).

Podemos observar, a partir do excerto em destaque, como Orwell (1984) explora a volatilidade da ideologia, que se altera pelos interesses do momento. O estado estabelece mecanismos para que a sociedade apenas se comporte em acordo com seus interesses.

Ainda em 1984, a população da Oceania vivia sobre a premissa de um mundo em guerra, característico do período em que Orwell escreve e publica a distopia. O regime totalitário, segundo o autor, é responsável por combater a consciência do indivíduo. Nesse combate destaca-se o controle da imprensa, combate à memória, mecanismos de propaganda e a adoração ao “Grande Irmão”. O lema do partido, expressa a ideologia dos estados totalitários: “Guerra é Paz. Liberdade é escravidão. Ignorância é força”.

Arendt (2000) defende que o totalitarismo é um fenômeno sem precedentes e, dificilmente, nenhuma evolução histórica, mesmo que perfeitamente articulada, dará conta das suas origens. Nesse sentido a filósofa defende que as origens do totalitarismo encontram-se na relação de convergências de acontecimentos.

Diante do que foi analisado, entendemos ser importante buscarmos em outras fontes elementos que nos auxiliem na compreensão do fenômeno do totalitarismo. Nesse sentido, encontra-se a importância das produções de George Orwell, não por sua capacidade de construir uma clássica distopia totalitária - 1984, mas sim por, sem o devido distanciamento, conseguir estabelecer análises sobre os regimes totalitários, especialmente o nazismo e o stalinismo, dentro do seu tempo histórico. Dessa maneira, encontramos na literatura orwelliana uma valiosa fonte de pesquisa que pode nos auxiliar na compreensão de um fenômeno que, até aqui, ao final da

segunda década século XXI, não possui definições consolidadas.

4 CONCLUSÃO

O século XXI, especialmente nos últimos anos, vivencia uma mudança na lógica política ocidental. A ascensão da extrema-direita que carrega consigo ideais nacionalistas, xenofóbicos, sustentados em um fundamentalismo religioso, coloca em xeque conquistas como a democracia, as lutas civis como feminismo, movimento negro e o movimento LGBT. As pautas do liberalismo político são colocadas em segundo plano, e o que se observa são governos que desejam enquadrar as minorias dentro do comportamento das majorias.

Não bastasse a tentativa de se estabelecer o controle moral da sociedade, as “democraduras¹⁸”, defendem o militarismo como forma de combater manifestações de cunho político e social. Sob o argumento da garantia da Lei e da Ordem, governos buscam autorizar militares assassinares cidadãos, protegidos pelo princípio do excludente de ilicitude, estabelecendo um verdadeiro estado de sítio.

Em espaços sociais marginalizados, como favelas, o Estado de Exceção é a regra, como disse o educador Miguel Arroyo, em palestra proferida na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes)¹⁹ em 2019. Podemos observar isso a partir da legitimação por parte do estado de práticas genocidas contra as minorias sociais como os negros, indígenas, homossexuais e mulheres.

É preocupante a legitimação dessas práticas e o comportamento de parte da sociedade, que naturaliza esse comportamento violento com a justificativa de se defender os valores cristãos e a família.

Por esses fatores, entre centenas de outros que aqui poderia descrever, chamamos a atenção para o problema: a democracia encontra-se ameaçada?

Conforme analisamos, parte da imprensa nacional e internacional atenta para a semelhança do contexto em que nos encontramos para o contexto do entre guerras, especialmente, entre a década de 1920 e 1930. A expressão fascista, em acusação às práticas radicais adotadas pelo estado, é comum nos discursos de parlamentares da oposição, assim como entre aqueles que fazem resistência à violência do estado.

Será mesmo que vivemos a ameaça da ascensão do fascismo novamente? O ocidente está, mais uma vez, perante a ameaça da formação de estados totalitários?

Isso motivou a nossa análise sobre o que foi o totalitarismo. Quais as características dos estados totalitários? Para isso recorreremos à teoria clássica em diálogo com a literatura. A distopia orwelliana *1984*, nesse artigo, tornou-se fonte para analisarmos o que o intelectual George Orwell escreveu sobre o totalitarismo, contribuindo no processo de construção teórica sobre esse regime de governo.

A literatura é uma fonte de pesquisa importante para se compreender períodos históricos. A história intelectual, assim como a sociologia dos intelectuais, são abordagens que auxiliam o

pesquisador a definir métodos para extrair informações importantes desses documentos. Neste artigo, esperamos ter contribuído para a consolidação desses domínios nas pesquisas no âmbito das ciências sociais

Podemos assim, definir que o totalitarismo foi um regime de governo característico do período entre guerras, marcado pela ascensão de um partido ao poder que governou de maneira autoritária. O unipartidarismo, o militarismo, a fundamentação ideológica, a personificação do líder, a construção de um inimigo comum, a pasmabilidade da sociedade, a repressão ao pensamento político, massificação da sociedade, o controle da imprensa, foram as suas principais características; asquais ganharam força a partir de um discurso nacionalista e religioso, em um período marcado pelas crises econômicas do capitalismo.

Se o leitor, à medida que avançou em suas análises, sentiu, por algum momento, que se encontrava na atmosfera descrita por Orwell ou observou nas análises dos cientistas sociais, humanos e políticos, que os elementos, típico dos regimes totalitários, fazem-se presentes em nossa atualidade, você leitor, será capaz de se responder: a democracia encontra-se ameaçada?

REFERÊNCIAS

ARENDRT, Hannah. **Origens do totalitarismo: anti-semitismo, imperialismo e totalitarismo**. Rio de Janeiro: Cia das letras, 2000.

ARIAS, Juan. **Brasil vive um clima de pré-nazismo enquanto a oposição emudece**. Jornal El País. Disponível em: <https://brasil.elpais.com/brasil/2019/08/20/opinion/1566327462_691370.html> acessado em novembro de 2019.

BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs). **Dicionário de Política**. v.2. 5 ed. Brasília: Editora da Universidade Estadual de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

FERREIRA, Jorge. **O socialismo soviético**. IN: FILHO, Daniel A. R; FERREIRA, J; ZENHA, Celeste (orgs). O século XX: revoluções, fascismo e guerras. Rio de Janeiro - RJ: Civilização Brasileira, 2000.

FERRO, Marc. **História da Segunda Guerra Mundial**. São Paulo: Ática, 1995.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: história da violência das prisões**. 36 ed. Petrópolis: Vozes, 2009.

FRIEDRICH, Carl. J.; BREZEZNSKI, Zbgniew K. **Totalitarismo e autocracia**. Rio de Janeiro - RJ: GRD, 1965.

HOBBSAWM, Eric. **A Era dos extremos: o breve século XX.** Tradução Marcos Sarrita. São Paulo: Cia das Letras, 1995.

ORTEGATI, CASSIO. **Sociedade de massa.** IN: BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs). **Dicionário de Política.** v.2. 5 ed. Brasília: Editora da Universidade Estadual de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

ORWELL, George. **Literatura e Totalitarismo.** IN: ORWELL, George. **Por que escrevo e outros ensaios.** Lisboa - Portugal: Antígona, 2008.

ORWELL, George. **1984.** São Paulo: Ed. Nacional, 1984.

PONTES, Heloísa. **Círculo de intelectuais e experiência social.** Revista Brasileira de Ciências Sociais, vol.12, nº34, pp.57-69, 1997.

Portal do Planalto. Brasília, 2019. Disponível em: <<http://www4.planalto.gov.br/legislacao/portal-legis/legislacao-historica/atos-institucionais>> acessado em novembro de 2019.

RAMOS, Pedro Abder Nunes Raim. **Imperialismo em George Orwell: uma análise do pensamento orwelliano acerca do imperialismo britânico no século XX.** 2019. 152f. Dissertação (Mestrado em Ciências Humanas). Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri - UFVJM. Diamantina, 2019.

RODDEN, John. **George Orwell: The Politics of literary Reputation.** New York: St, Martin's Press, 1989.

SCHWARCZ, Lilia. **A república de Weimar foi ontem e é hoje.** Nexo Jornal, 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/colunistas/2019/A-Rep%C3%BAblica-de-Weimar-foi-ontem-e-%C3%A9-hoje>> acessado em 19/11/2019.

SILVA, Helenice Rodrigues da. **Fragmentos da história intelectual: entre questionamentos e perspectivas.** Campinas - SP: Editora FGV, 2003.

STOPINO, Mário. **Totalitarismo.** IN: BOBBIO, Noberto; MATEUCCI, Nicola; PASQUINO, Gianfranco (orgs). **Dicionário de Política.** v.2. 5 ed. Brasília: Editora da Universidade Estadual de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

XAVIER, Elton Dias. **Da Utopia De Bellamy à Distopia de Orwell: A Viragem Distópica no Século XX.** 2016. 169f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais). Instituto de Ciências Sociais, Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UFRJ) - Rio de Janeiro - RJ, 2016.

O CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE: UMA VISÃO A PARTIR DO DIREITO ESTRANGEIRO (ITÁLIA)

Mirta Gladys LerenaManzo de Misailidis¹

Tamires Gomes da Silva Castiglioni²

"O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)".

RESUMO: Destina-se este trabalho ao exame do contrato de trabalho intermitente criado no Brasil pela Lei nº 13.467/2017, que modificou a CLT, e alterado pela Medida Provisória nº 808/2017, que atualmente foi revogada. As mudanças trazidas pela chamada "Reforma Trabalhista" geraram uma série de incertezas e dúvidas sobre o futuro do Direito do Trabalho e sua aplicação. Um dos pontos com mais destaque é o contrato de trabalho intermitente, cuja inserção foi inspirada no direito estrangeiro. Encontra-se a figura do trabalho intermitente em alguns países, contudo, pouco se equipara à legislação aplicada no Brasil. É feito o exame da legislação brasileira e, comparativamente, apontamentos das leis da Itália. Quer-se aqui discutir a inserção do trabalho intermitente no ordenamento pátrio e seu impacto. O trabalho intermitente gera contratos de trabalho precários, que não oferece nenhuma garantia de renda suficiente para a sobrevivência do trabalhador, sendo um dos pontos mais discutidos nessa modalidade contratual.

Palavras-chave: Trabalho Intermitente; Reforma Trabalhista; Mudanças na CLT; Flexibilização de direitos.

THE CONTRACT OF INTERMITTENT WORK: A VIEW FROM FOREIGN LAW (ITALY)

"This study was financed in part by the Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES)".

ABSTRACT: This work is aimed at examining the intermittent work contract created in Brazil by Law 13467/2017, which modified the CLT, and amended by Provisional Measure No. 808/2017, which has now been revoked. The changes brought about by the so-called "Labor

1. Doutora pela PUC/SP. Professora do Curso de Graduação e Pós-Graduação em Direito da UNIMEP.

2. Mestre em Direito pela Universidade Metodista de Piracicaba, UNIMEP/SP (2019). Graduação em Direito pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2018). Graduação em Ciências Contábeis pelo Centro Universitário Adventista de São Paulo (2013).

Reform" generated a series of uncertainties and doubts about the future of Labor Law and its application. One of the most prominent points is the intermittent work contract, whose insertion was inspired by foreign law. It is the figure of intermittent work in some countries, however, little is equal to the legislation applied in Brazil. The Brazilian legislation is examined and, comparatively, notes from the laws of Italy. Here we want to discuss the insertion of intermittent work in the country order and its impact. Intermittent work generates precarious work contracts, which offer no guarantee of sufficient income for the worker's survival, being one of the most discussed points in this contractual modality.

Keywords: Intermittent Work; Labor Reform; Changes in CLT; Flexibilization of rights; Economic Activity Risk.

INTRODUÇÃO

A Lei nº 13.467/2017, conhecida como “Reforma Trabalhista”, trouxe novos contornos ao Direito do Trabalho e, conseqüentemente, posicionamentos doutrinários favoráveis e contrários às normas instituídas.

De tal modo, o presente trabalho aborda a temática do trabalho intermitente, criado pela Lei nº 13.467/2017, lei esta que trouxe uma série de modificações ao âmbito trabalhista nacional.

Para compreender essa nova figura da legislação trabalhista, a análise que se segue será em torno do posicionamento do legislador pela flexibilização das relações trabalhistas. Expondo a temática dentro do contexto da mudança do caráter maior dos diplomas laborais brasileiros: a proteção do trabalhador. E conseqüentemente a partir da visão do Direito Estrangeiro (Itália).

Em relação à problemática a ser analisada, os questionamentos surgem em torno da segurança jurídica e dos direitos anteriormente assegurados ao trabalhador brasileiro: Pode o trabalho intermitente ser fator de precarização dos direitos trabalhistas? A modalidade de contratação está em conflito com o espírito da lei trabalhista e com o ordenamento jurídico pátrio? Existe uma maneira de implementá-lo de forma equilibrada e concreta?

O objetivo geral desta pesquisa jurídica consiste em discutir o impacto da adoção do trabalho intermitente pelo ordenamento jurídico trabalhista pátrio, com a finalidade de compreender os novos retratos conferidos às relações de trabalho e propor adequações, a partir da compreensão do conceito e aplicação do trabalho intermitente à luz do Direito Estrangeiro e à luz da Constituição Federal e dos entendimentos da Organização Internacional do Trabalho.

Este estudo terá como base metodológica a pesquisa exploratória, a partir dos métodos descritivo, dedutivo e comparativo, com uso dos estudos bibliográfico e jurisprudencial como instrumentos recorrentes, fazendo-se remissão frequente ao ordenamento jurídico brasileiro e às Convenções da Organização Internacional do Trabalho, a partir da análise legislativa, com fim de compreender a natureza do trabalho intermitente, sua aplicabilidade e adequação ao âmbito nacional, para, finalmente, questionar sua exigibilidade a partir do elemento “precarização dos

direitos trabalhistas”.

TRABALHO INTERMITENTE: CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Conceito de trabalho intermitente

Não podemos iniciar o presente estudo sem se ater ao conceito do trabalho intermitente, sobretudo, quando a temática a ser estudada é, de certa forma, novidade no ordenamento pátrio. Segundo Houaiss (2009, p.1434), intermitente “é situação em que ocorrem interrupções que cessa e recomeça por intervalos; intervalo, descontínuo”.

Norbim (2017, p.41) conceitua o trabalho intermitente como sendo “aquele em que o empregado fica à disposição do empregador e realiza os serviços contratados sempre que for necessário”. Cassar (2017, p.507) entende que o trabalho intermitente se caracteriza pelo formato de serviços descontínuos, transitórios, com alternância de períodos de trabalho e de inatividade. De tal modo, Cassar traça uma definição semelhante, construída com base no significado de intermitência e descontinuidade.

O contrato de trabalho intermitente é marcado essencialmente pela incerteza do momento exato da necessidade da mão de obra e não pelo número reduzido de horas de trabalho por dia ou semana. Assim, qualquer trabalho empregatício poderá configurar a intermitência, sem necessariamente existir uma regra.

Sobre a jornada intermitente no contexto do direito trabalhista, podemos classificar como a medida de tempo de trabalho. Nas palavras de Nascimento (2011, p.770): “é o tempo efetivamente trabalhado, o tempo à disposição do empregador, e os intervalos para descanso ou alimentação”. Desta forma, o trabalho intermitente está vinculado a esse entendimento, uma vez que só há pagamento se existir a prestação de serviço. Nesse viés, baseando na subordinação contratual, ignora o período de trabalho, e leva-se em conta apenas o tempo colocado à disposição do empregador.

Analisando o conceito trazido pelo § 3º do art. 443 da CLT³, percebe-se que a intenção do legislador foi alcançar, de uma só vez, os conceitos de “contrato” e “jornada” intermitentes. Ao referenciar que a prestação de serviços se fará em horas, dias ou meses, o artigo nos faz entender que a referência pode estar sendo feita ao serviço dentro de uma jornada intermitente ou aos contratos cujas características é a sazonalidade.

Trabalho intermitente: Novidade no Brasil?

3. Art. 443, § 3º Considera-se como intermitente o contrato de trabalho no qual a prestação de serviços, com subordinação, não é contínua, ocorrendo com alternância de períodos de prestação de serviços de inatividade, determinados em horas, dias ou meses, independentemente do tipo de atividade do empregado e do empregador, exceto para os aeronautas, regidos por legislação própria. (BRASIL, 2017).

Embora essa prática é caracterizada como novidade no Brasil, sua figura já era utilizada de forma ilegal, principalmente no setor alimentício, por meio das grandes redes de *fastfood*, conhecida como “jornada de trabalho móvel, flexível e variável” ou “móvel, variável”, sendo condenada pelo TST, como evidencia o julgado a seguir:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA - JORNADA DE TRABALHO MÓVEL E VARIÁVEL - ABUSO DE DIREITO - SÚMULAS NºS 23, 221, II, E 296 DO TST. Conforme notícia a decisão recorrida consta do contrato de trabalho cláusula estipulando jornada móvel e variável, recebendo o empregado apenas por aquelas horas trabalhadas. O respectivo modelo de jornada incorpora benefícios à empresa, atendendo, todavia, apenas às suas necessidades e preterindo, os interesses dos empregados. A possibilidade de contratação para jornada inferior ao limite legal com salário proporcional obviamente resta autorizada, mas não se admite a ausência da prefixação daquela jornada, ainda que reduzida, porquanto é direito do empregado ter a efetiva ciência prévia de sua jornada diária de trabalho e, conseqüentemente, do seu salário mensal. Na hipótese dos autos a contratação previa a possibilidade de jornada diária de até oito horas, razão pela qual ficava o empregado vinculado a todo aquele período, não lhe cabendo ativar-se em outra atividade. No mesmo diapasão, não tinha conhecimento prévio do valor de seu salário mensal, pois percebia pelas horas efetivamente trabalhadas, apenas com a garantia mínima de duas horas diárias. Dessume-se desse contexto que o benefício do referido regime de contratação dirigia-se única e exclusivamente ao interesse do empregador, sabedor de que contaria com o empregado pela jornada integral de oito horas diárias conforme lhe aprovesse e, ainda, podendo estender as jornadas com o pagamento de horas extraordinárias. Assim, a empregadora geria um regime de otimização das horas de trabalho de seus empregados e de escalas conforme a movimentação e a necessidade dos serviços em seu estabelecimento. Nos períodos de pequena frequência de clientes o empregado trabalharia por poucas horas, e a reclamada não necessitaria pagar pelo tempo no qual o trabalhador, embora não se ativasse na função, fosse obrigado a reservar o seu dia para atender à possível convocação para a jornada de oito horas. Dessa fixação da jornada, ainda que proporcional e inferior ao limite legal, deve atender às exigências de ambas as partes, com método fixo e não aleatório, como fez a empresa, focada que estava tão somente na diminuição de seus custos operacionais, infringindo, inequivocamente, os princípios basilares de proteção ao trabalhador e da dignidade da pessoa humana, e sujeitando o empregado tão somente ao livre arbítrio patronal, sem a menor segurança quanto aos aspectos mínimos e formais da relação contratual, com execrável transferência dos riscos da atividade econômica para o empregado. Agravo de instrumento desprovido. (AIRR - 137000-70.2008.5.01.0014, Relator Ministro: Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Data de Julgamento: 04/06/2014, 7ª Turma, Data de

Publicação: DEJT 06/06/2014).

A jornada “móvel, flexível e variável” ou intermitente, como conhecemos hoje, foi um assunto controverso por muitos anos, tanto nos tribunais como na doutrina trabalhista, por não assegurar os direitos mínimos dos trabalhadores. Ela surgiu por meio de cláusulas previstas em contrato individual de trabalho, como forma de jornada aleatória, podendo ser realizada em qualquer período do dia ou da noite, sem qualquer garantia de auferir um salário-mínimo, recebendo o trabalhador apenas pelas horas efetivamente trabalhadas, e ficando à disposição do empregador. (NASCIMENTO, 2009).

Características do contrato de trabalho intermitente

A “jornada intermitente”, segundo Galvão (2017, p.33), é uma reivindicação antiga do setor de comércio e serviços, para as demandas eventuais de finais de semana e feriados. Já Manzano e Caldeira (2018, p.72) acrescentam que a “Reforma Trabalhista” foi criada para reduzir a excessiva rigidez do mercado de trabalho, reduzir os custos laborais, aumentar a produtividade das empresas e, de tal modo, contribuir para o crescimento do emprego.

A grande justificativa para a implantação do contrato intermitente no Brasil, na visão de França (2017, p.31), é o crescimento da economia por meio da redução de custos de produção e aumento da oferta de emprego, como também a existência da mesma modalidade em outros países.

A intenção do legislador, ao criar essa modalidade, foi a de regular o trabalho informal, reconhecendo o vínculo empregatício e regulamentando o pagamento das verbas trabalhistas a que o trabalhador tivesse direito. Porém, o valor da remuneração incidiria apenas pelo período em que efetivamente prestasse serviço. (NACIF; SOUZA, 2018, p.258-259).

De acordo com Alves (2018), é possível listar as principais características do contrato de trabalho intermitente:

É uma nova modalidade contratual trabalhista prevista na CLT para regulamentar juridicamente situação até então não contemplada pelo ordenamento jurídico, embora razoavelmente presente no plano dos fatos. É modalidade contratual trabalhista necessariamente celetista e bilateral, sem a possibilidade de intermediação de mão de obra, pois o § 3º do art. 443 da CLT refere-se à subordinação, ao empregado, ao empregador e sua atividade, sem espaço normativo para uma relação trilateral. Trata-se de prestação de trabalho não eventual. O que se deve buscar para definir trabalho não eventual é, basicamente, o motivo ensejador da contratação. Se o motivo ensejador da contratação é episódio, casual, extraordinário, fortuito, então não haverá a presença do requisito em análise e, conseqüentemente, relação jurídica de emprego. Ao contrário, se o motivo ensejador da contratação é comum, corriqueiro, esperado, ordinário, então se

faz presente o requisito da não eventualidade. Deve-se pesquisar a não eventualidade no trabalho intermitente em razão da necessidade do trabalho. É previsível que o empregador demande o trabalho intermitente, mas ele não pode antever, na admissão do empregado, quando exatamente e por quanto tempo demandará a prestação laborativa. Normalmente a previsibilidade da necessidade de trabalho estará conjugada com os fins do empreendimento, pois é esperado que a demanda decorra das atividades ordinárias desenvolvidas pelo empregador. Há aqui, então, a conjugação das teorias justralhistas do evento e dos fins do empreendimento para a definição da não eventualidade. (ALVES, 2018, p.103).

Segundo Franco Filho (2017, p.7), esse tipo de contrato deve ser sempre celebrado por escrito e registrado na CTPS do empregado, independentemente de previsão em acordo coletivo do trabalho ou convenção coletiva de trabalho (*caput* do art. 452-A). Deverá, ainda, conter identificação, assinatura e domicílio ou sede das partes, estabelecendo-se a residência do trabalhador e a sede do estabelecimento em que desenvolverá o trabalho intermitente (art. 452-A, CLT).

Deve ainda ser registrado o valor da hora ou do dia de trabalho, observando os limites do salário mínimo vigente, sendo garantido o adicional noturno, que deve corresponder a um valor superior a hora diurna e será igual aqueles dos empregados contratados normalmente que exerçam a mesma função, afastando a possibilidade, em tese, de ser negociado adicional noturno inferior ao estabelecido em lei (FRANCO FILHO, 2017, p.7).

Nogueira (2017, p.133), acerca do art. 443, § 3º da CLT, explica que o contrato de trabalho intermitente pode ser utilizado independentemente do tipo de atividade a ser desempenhada pelo trabalhador, excluindo apenas os aeronautas, que são regidos por legislação específica.

A convocação do trabalho intermitente

Para Pretti (2018, p.12), a convocação é o ponto mais polêmico do contrato de trabalho intermitente, pois o trabalhador pode ficar sem ser convocado por meses, sendo um absurdo em face aos direitos trabalhistas. Assim, de acordo com Sales *et al.* (2017, p.63), para a execução do trabalho intermitente, basta que o empregador convoque o empregado intermitente, por qualquer meio eficaz, informando-lhe a jornada, que não pode ser superior à legal, sempre com antecedência de 3 dias corridos, nos termos do § 1º do artigo 452-A da CLT. O empregador deverá comunicar ao trabalhador não só a jornada de trabalho, mas os dias e até os meses em que será realizada a jornada informada na convocação, até mesmo para que o trabalhador analise o chamamento e manifeste seu interesse ou desinteresse quanto à prestação do serviço.

No prazo de três dias corridos antes do início da prestação de serviços, o empregador convocará o empregado, por qualquer meio de comunicação eficaz, informando qual será a jornada a cumprir. A lei não deixa explícito o meio eficaz para essa convocação, sendo

recomendável que seja através de algum instrumento físico ou virtual que se possa provar o chamado (FRANCO FILHO, 2017, p.9). Alencar (2017) entende, por “meio de comunicação eficaz”, a comunicação mais utilizada pelo trabalhador, podendo ser o Facebook, Messenger, WhatsApp e demais meios virtuais utilizados na atualidade.

Recebido o aviso para comparecer ao trabalho, o empregado terá o prazo de 1 dia útil para responder ao chamado, presumindo-se, no silêncio, que se recusou a atender à convocação. Essa recusa tácita ou mesmo a recusa expressa do contrato de trabalho intermitente não descaracteriza a subordinação inerente ao vínculo empregatício, que é garantido pelo §§ 2º e 3º do artigo 452-A da CLT (NACIF; SOUZA, 2018, p.259). O § 4º do art.452-A da CLT relata que se o trabalhador aceitar a oferta para comparecimento ao trabalho, a parte que descumprir, sem justo motivo, pagará à outra, no prazo de trinta dias, multa equivalente a 50% da remuneração que lhe seria devida, permitida a compensação em igual prazo.

A INCONSTITUCIONALIDADE DO CONTRATO DE TRABALHO INTERMITENTE E AS VIOLAÇÕES AO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950

De acordo com Martinez (2018), no dia 23 de maio de 2018, foi recebida pelo STF a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950, ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (CNTC), questionando a criação do contrato de trabalho intermitente e, principalmente, as alterações do art. 443, caput e parágrafo 3º, art. 452-A, art. 477-A e arts. 59 e 59-B da CLT.

A ADI arguiu que o legislador feriu a Constituição Federal ao editar referida legislação, ofendendo os art. 1 caput e incisos III e IV, art.5 *caput* e incisos III e XXIII, art. 6 *caput*; art. 7 *caput* e incisos IV, V, VII, VIII, XVI e XVII; art.170 caput e inciso III, todos da CF/88.

Foi declarado que a Lei nº 13.467/2017 afronta o Princípio da Dignidade Humana, resguardada pelo art. 1, inciso III da CF, uma vez que equipara o trabalhador a um “objeto”, que está à disposição da atividade econômica empresarial, para ser “utilizado” quando e onde o empregador bem entender. (MENEZES; ALMEIDA, 2018).

A Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5950 aduz, ainda, que o contrato de trabalho intermitente retira do trabalhador a noção de percepção das horas laborais e dilui o pagamento do 13º salário, limitando-o aos dias trabalhados, fragmentando o pagamento das férias, com a consequente impossibilidade de seu gozo e, ainda, a noção de ausência e término contratual. Além disso, favorece a atividade empresarial, alocando o risco da atividade econômica nas costas do trabalhador, que é parte hipossuficiente, conforme dispõe o art. 7, caput da CF/88. (NACIF; SOUZA, 2018, p.259).

Martinez (2018) ressalta, ainda, a inconstitucionalidade em relação a remuneração contratual do contrato intermitente, pois não existe qualquer garantia de subsistência ao

trabalhador com o pagamento do mínimo mensal resguardado pela CF/88. Enfim, o contrato intermitente é atípico, uma exceção ao contrato formal, uma vez que reduz direitos sociais e viola direitos fundamentais, com grande risco à saúde dos trabalhadores.

Foi requerida a medida liminar para suspender a vigência dos dispositivos questionados e, sucessivamente, a procedência da ADI para que sejam declarados inconstitucionais os dispositivos do contrato intermitente. Atualmente, a ADI nº 5950, está “Conclusa ao Relator” e aguardamos as decisões que serão tomadas.

Ofensa ao Princípio da Dignidade Humana

De acordo com Andrade (2007, p.67) a dignidade da pessoa humana é um conceito extremamente difícil de se formular, pois engloba diversos significados e concepções, que foram sendo criado e compreendido historicamente como valor. De tal modo, é um atributo humano criado pelo homem; por ele estudado e desenvolvido. A esse respeito Plácido Silva contribui:

Dignidade é a palavra derivada do latim *dignitas* (virtude, honra, consideração), em regra se entende a qualidade moral, que, possuída por uma pessoa serve de base ao próprio respeito em que é tida: compreende-se também como o próprio procedimento da pessoa pelo qual se faz merecedor do conceito público; em sentido jurídico, também se estende como a dignidade a distinção ou a honraria conferida a uma pessoa, consistente em cargo ou título de alta graduação; no Direito Canônico, indica-se o benefício ou prerrogativa de um cargo eclesiástico. (SILVA, 1967, p.526).

O valor da dignidade da pessoa humana para Silva (1998, p.89) tem suas origens no pensamento clássico que enfatiza a ligação do homem com Deus (o homem à imagem e semelhança do seu Criador), emanando sua dignidade e grandeza, sendo a dignidade humana o supremo da ordem jurídica.

O Direito Constitucional ligado ao núcleo da proteção da dignidade humana positiva normas através da Constituição Federal⁴ para assegurar os direitos fundamentais de cada pessoa.

A “Reforma Trabalhista” ao criar a modalidade de trabalho intermitente fere o Princípio da Dignidade Humana, descrita no art. 1º, inciso III da CF⁵, uma vez que insere o trabalhador numa condição de mero objeto, que fica à disposição da atividade econômica empresarial, para ser convocado quando e onde o empregador bem entender. A esse respeito Alves (2017) afirma:

4. Foi a partir da CF/88 que os direitos fundamentais tiveram um desenvolvimento significativo, passando a ser tratado como núcleo de proteção da dignidade humana. De tal modo, o princípio da dignidade da pessoa humana, como um dos fundamentos do Estado de Direito Democrático, é elemento referencial para a interpretação e aplicação das normas jurídicas. (MENDES, 2008).

5. Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: III - a dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 1988).

O contrato intermitente reduz o trabalhador à coisa, objeto, instrumento que será utilizado pelo patrão de modo intermitente, quando este bem entender. Quando não estiver sendo usado, ficará o empregado recolhido à sua insignificância. As regras celetistas sobre trabalho intermitente são claramente inconstitucionais, por violação ao princípio da dignidade da pessoa humana. (ALVES, 2017, p.82).

Souto Maior (2017, p.213) complementa que o trabalho intermitente “cria um estágio tal de submissão que legitima toda forma de exploração do trabalho, desprovido de tutela, afrontando cabalmente a condição humana dos trabalhadores”. Marx (2017, p.392) entende que o capital é trabalho morto, que como um “vampiro, vive apenas da sucção de trabalho vivo, e vive tanto mais quando mais trabalho vivo suga”. O tempo durante o qual o trabalhador trabalha é o tempo durante o qual o capitalismo consome a força de trabalho que comprou o trabalhador.

A “Reforma Trabalhista” abriu margem à mercantilização do trabalho humano, assim, segundo Anamatra (2017), o contrato de trabalho intermitente transforma o empregado em uma máquina, dando poder ao empregador para ligá-la ou desligá-la no momento em que quiser. Higa (2017), nesse sentido, assinala:

Além da necessidade de haver demanda pela prestação de serviços, o empregado deverá contar com a boa vontade do empregador para selecioná-lo – de modo absolutamente protestativo – em meio a um número irrestrito de candidatos sequiosos pela chamada, ou seja, o contrato conterà condição que sujeita a sua execução ao puro arbítrio do contratante, algo que o ordenamento condena. (HIGA, 2017, p.46).

O trabalho intermitente, para Teixeira e Gonçalves (2017, p.37), tornou-se uma grande “feira livre”, onde o trabalhador se submete a um ritmo de alta rotatividade e precarização. Nesse viés, o trabalhador serve unicamente para desempenhar uma determinada função, que é a de garantir a produção de lucro para o empregador.

Silva (2017, p.73) vê o contrato de trabalho intermitente como um cadastro de empregados, que têm seus dados armazenados para, se houver trabalho, ele ser acionado, mas sem o compromisso de ser chamado e sem o compromisso de atender ao chamado. “Tal ideia inicial mostra a face precarizante do contrato que, de fato, não garante nem trabalho nem salário”.

Para Figueiras, Bispo e Coutinho (2018, p.131), o trabalho intermitente pode ser considerado inconstitucional à luz do princípio da vedação ao retrocesso dos direitos sociais. A esse respeito, Menezes e Almeida (2018) contribuem:

A impossibilidade do empregado administrar o seu próprio tempo decorre da dependência financeira gerada pelo sistema capitalista de produção, haja vista que o empregado depende da convocação para o trabalho para ser remunerado e garantir a sua subsistência e de sua família, de modo que se empenhará para estar sempre disponível

quando for requisitado pelo empregador, uma vez que só perceberá salário pelas horas efetivamente trabalhadas e visa ser novamente convocado pelo empregador, no intuito de garantir a continuidade da relação de emprego.(MENEZES; ALMEIDA, 2018, p.475).

“A incerteza à qual o empregado intermitente é submetido, decorrente da espécie de contrato, ocasiona o retorno da ideia de que o proletariado é mercadoria”. Diante disso, sujeitar o empregado a um vínculo de emprego que não garante a percepção de um salário fixo mensal, em um regime de disponibilidade permanente é mercantilizar o trabalhador, retrocedendo às ideias do século XVIII. (MENEZES; ALMEIDA, 2018, p.476-508).

Ofensa a condição social do trabalhador – art. 7º, caput da CF/88

O trabalho intermitente segundo Souto Maior (2017) favorece a atividade empresarial em detrimento do empregado, que é parte hipossuficiente na relação de emprego, evidenciando a “coisificação da pessoa humana”. Assim, essa nova modalidade de contratação, não só ofende o Princípio da Dignidade Humana, como também o direito do trabalhador à melhor condição social do trabalho, enunciada no art. 7º, *caput* da CF/88: “Artigo 7º - São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social. (BRASIL, 1988)”.

O certo é que o contrato de trabalho intermitente foi uma das medidas adotadas pelo legislador para flexibilizar as normas de Direito do Trabalho, fragilizando sobremaneira o contrato de emprego e colocando o empregado em situação de vulnerabilidade perante o empregador e toda a sociedade. (NACIF; SOUZA, 2018, p.260).

O direito ao trabalho é um dos pilares da dignidade humana, devendo ser assegurado ao empregado. Nesse sentido Minori (2010) explica que não basta apenas existir o trabalho, é necessário que ele seja decente, e resguarde os direitos essenciais de cada trabalhador, como salário justo; repouso suficiente; higiene e segurança; acesso à seguridade social, que abarque o seguro desemprego e aposentadoria, etc. Assegurar os direitos sociais mínimos é o único meio para que haja dignidade e o desenvolvimento social.

Ofensa a garantia de salário mínimo – art. 7º, incisos IV e VII da CF/88

No tocante à remuneração do contrato de trabalho intermitente, os arts. 443 e 452-A da Lei nº 13.467/2017 são inconstitucionais, pois não asseguram a subsistência do trabalhador e de sua família com o pagamento do mínimo mensal, ofendendo gravemente o art. 7º, incisos IV e VII da CF/88, que garante a percepção de um salário digno, *in verbis*:

Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:

[...]

VI - irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;

VII - garantia de salário, nunca inferior ao mínimo, para os que percebem remuneração variável.

Segundo Delgado e Delgado (2017, p.155), salário é o conjunto de parcelas contraprestativas pagas pelo empregador ao empregado em função do contrato de trabalho. A esse respeito, a Lei nº 13.467/2017 modificou o conceito de salário, pois transforma a verba salarial em unidade de obra, ou seja, em salário mensal variável que depende da produção realizada pelo empregado. Diante disso, a “Reforma Trabalhista” instituiu um contrato trabalhista sem salário, deixando o empregado à mercê de uma possível convocação. Por consequência, desrespeita preceito constitucional (art. 7º, VII) e dispositivo expresso na CLT (art. 78, *caput* e parágrafo único).

Segundo Teixeira e Gonçalves (2017, p.31-32), o afluxo conservador de valorização do capital em relação à mão de obra do trabalhador reflete-se de forma evidente nas reformas da legislação trabalhista, que causaram a flexibilização de direitos imperativos dos cidadãos. Delgado e Delgado (2017) complementam que o contrato de trabalho intermitente rompe com direitos e garantias justrabalhistas que são estrutura central do Direito do Trabalho: a noção de duração do trabalho e noção de salário.

A perversa precarização do contrato de trabalho intermitente impede que o trabalhador planeje seu futuro, laborando em circunstâncias incertas, sem saber quando irá trabalhar e quanto receberá no final da prestação de serviço, levando-o ao esgotamento emocional por não ter qualquer garantia de trabalho ou remuneração. (MENEZES; ALMEIDA, 2018, p.473).

O TRABALHO INTERMITENTE SOB A ÓTICA DO DIREITO ESTRANGEIRO

O sucesso da modalidade de jornada móvel em outros países foi argumento utilizado pelos apoiadores da implementação do trabalho intermitente no Brasil. Contudo, deve-se ter em mente que, ao trazer pontos de outros sistemas jurídicos, faz-se necessária a análise da realidade social e cultural que ensejou o nascimento daquele ordenamento, como também do comportamento mercantil e da praxe contratual e, principalmente, da história dos direitos sociais naquele país. Assim, importar práticas estrangeiras requer estudo jurídico e político e muita cautela, pois modalidades importadas funcionam em nações com similaridades econômicas e sociais, dificilmente se enquadram em países cujas nuances e interesses são diferentes. (NACIF; SOUZA, 2018, p.257).

As críticas relativas ao contrato de trabalho intermitente dizem respeito à precarização dos direitos dos trabalhadores, preocupação a qual também concorrem os autores da reforma trabalhista. Nesse contexto, a discussão transcende os lindes premonitórios e adentrem as experiências dos países que adotaram tal modelo, com objetivo de perquirir o sucesso ou

insucesso da experiência e eventuais possibilidades de correção. (HIGA, 2017, p.48).

Para Figueiras, Bispo e Coutinho (2018, p.128), nos últimos anos, houve o crescimento dessas modalidades precárias de contratação em várias partes do mundo. O assalariamento, mesmo quando retoricamente negado, leva, ironicamente, à mercantilização do trabalho e da subsunção da vida do trabalhador à dinâmica do capital.

Ocorre que, nos países estrangeiros, a legislação que prevê o contrato de trabalho intermitente trouxe, em seu bojo legal, requisitos específicos para a sua aplicação, como pactuação de jornada mínima, compensação pelo tempo à disposição com pagamento de um valor menor e restrição de atividades. (NACIF; SOUZA, 2018, p.257).

O contrato de trabalho intermitente na Itália

Conceito e normativas

No ano de 2003⁶, foi criado na Itália o contrato de trabalho intermitente⁷, também conhecido como contrato à chamada, que sofreu alteração no ano de 2015, por meio de Decreto Legislativo. (MENEZES; ALMEIDA, 2018, p.501). Para Pacheco *et. al.* (2017, p.210), diversas são as legislações que disciplinam o trabalho intermitente na Itália, como: Decreto Legislativo nº 276/2003, passando pela Lei nº 247/2007, Decreto-lei nº 112/2008, convertido na Lei nº 133/2008, Lei nº 92/2012 e, Decreto Legislativo 81/2015.

Pelo Decreto Legislativo nº 276 de 2003 (conhecida como *Legge Biagi* de 14 de fevereiro de 2003, nº30), o contrato de trabalho intermitente é utilizado sempre que existir a necessidade de serviço descontínuo ou temporário. (TIRABOSCHI, 2016, p. 76).

Na visão de Nogueira (2017, p.140), no ordenamento jurídico italiano, o contrato de trabalho intermitente é popularmente conhecido como contrato de trabalho à chamada ou plantão. Foi implantado pelo Decreto Legislativo nº 276 de 2003, com o objetivo de introduzir novas modalidades flexíveis de contrato de trabalho. Atualmente é tratado pelo art. 13 e seguintes do Decreto Legislativo nº 81 de 2015, que faz parte do conjunto de leis italianas denominado *JobAct*⁸ (Lei nº 183 de 2014).

O parágrafo 1º do art. 34 do Decreto Legislativo nº 276 de 2003 estabelece que o contrato de trabalho intermitente pode ser celebrado para a prestação de serviços de natureza descontínua ou intermitente, de acordo com as necessidades identificadas pelas convenções coletivas estipuladas pelas associações patronais. (ITÁLIA, 2003). Assim como na modalidade brasileira,

6. O contrato de trabalho intermitente, de acordo com Voza (2005, p.23), é uma instituição regida pelos artigos 33 a 40 do Decreto Legislativo nº 276 de 2003, considerado um acordo sob o qual o trabalhador está disposto a realizar trabalho de natureza descontínua.

7. Essa modalidade de contratação é controlada por Sistema Nacional, de forma a constar as informações sobre o trabalhador e empregador, e o início e o fim do período de cada convocação. Tais informações são armazenadas na *UniIntermittente* no seguinte site: (https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Direttoriale_25_giugno_2013-Prot.39.0000238.pdf).

na Itália, o empregado torna-se dependente da demanda de trabalho e, conseqüentemente, da convocação do empregador, permanecendo, neste meio tempo, no conhecido período de inatividade e estando à disposição.

Essa modalidade é mais comum nas atividades noturnas ou esporádicas, como seguranças, recepcionista de eventos, guias de turismo, que dependem de fluxos irregulares de serviços, seja por sazonalidade ou por intermitência horária. (FERRANTE, 2017, p.44). Alguns exemplos de atividades realizadas por trabalhadores intermitentes, para Rausei (2014, p.1026), são: Recepcionistas; atendentes; garçons; cozinheiros; lojistas; pessoas que trabalham com transporte, para carga e descarga, manobristas, hotéis, cabelereiros, artistas etc. Nesse sentido, as atividades descontínuas têm o objetivo de suprir as necessidades temporárias do mercado de trabalho.

Atualmente o contrato de trabalho intermitente prevê dois tipos de contrato: a) trabalho intermitente com garantia de disponibilidade, no caso em que o trabalhador assume a obrigação de responder ao pedido do empregador em troca de compensação pela disponibilidade; período em que se torna disponível; b) trabalho intermitente sem garantia de disponibilidade, o trabalhador não tem a obrigação de atender a chamada e, portanto, não recebe a remuneração da disponibilidade. (BRUNO, 2016, p.1427).

De acordo com a Lei de Biagi, é possível distinguir duas formas de contrato de trabalho intermitente: a) com obrigação de responder ao chamado: o trabalhador é obrigado a permanecer à disposição do empregador para realizar o trabalho. Neste caso, o empregado tem direito a um subsídio mensal para a disponibilidade na medida estabelecida por acordos coletivos e, em qualquer caso, em uma medida não inferior a 20% do salário mínimo; b) sem obrigação de atender à chamada: o trabalhador é livre para recusar o trabalho. Neste caso, o trabalhador tem direito a uma remuneração correspondente apenas às horas de trabalho efetivamente realizadas. (GHEIDO, 2010, p.74).

Na tentativa de diminuir o ônus para o trabalhador, foi prevista a obrigatoriedade de notificação pelo empreendedor. Na verdade, mesmo que haja uma obrigação de atender a chamada, o empreendedor deve notificar o trabalhador com 24 horas (pelo menos) de antecedência. (CARINCI, 2012, p. 527).

Requisitos formais

Ao contrário do Brasil, o ordenamento italiano exige vários requisitos formais e exigências para a celebração do contrato de trabalho intermitente. Iniciando com o pacto

8. O termo *Jobs Act* foi o último grande conjunto de alterações legislativas, promovida pelo Governo Renzi, entre os anos de 2014 e 2015, que teve o objetivo de regulamentar o trabalho por prazo indeterminado, além de criar uma agência nacional para o emprego.(SANTOS, 2017, p.259). Para Marques e Izagaet. al. (2018, p.21-22), o primeiro-ministro Matteo Renzi aprovou as medidas *Jobs Act* para facilitar a demissão de funcionários, e a redução das jornadas de trabalho.

contratual escrito, devendo indicar o diploma legal no qual se ampara a modalidade e o prazo (determinado ou indeterminado). (MENEZES; ALMEIDA, 2018).

O Decreto Legislativo nº 276, em seu art. 34 diz:

1. Podem ser celebrados contratos de trabalho intermitentes para a prestação de serviços de caráter descontínuo ou intermitente, em conformidade com as condições específicas das convenções coletivas celebradas entre as associações de empregadores e de trabalhadores mais representativas no plano nacional ou territorial, ou para períodos predeterminados da semana, do mês ou do ano, na forma do artigo 37.
2. O contrato de trabalho intermitente pode, em qualquer caso, ter por objeto serviços prestados por pessoas com idade inferior a 25 anos, ou por trabalhadores com idade superior a 55 anos, incluindo os aposentados. (ITÁLIA, 2003, tradução livre).

Primeiramente, o trabalho de plantão é permitido na presença de necessidades identificadas pela negociação coletiva⁹ e por Decreto do Ministério do Trabalho. Em segundo lugar, é previsto para serviços de finais de semanas, bem como durante as férias de verão, Natal e Páscoa. A terceira hipótese de admissão do trabalho intermitente é de natureza subjetiva, ou seja, contrato celebrado por pessoas com idade inferior a 25 anos de idade ou com mais de 45 anos de idade, como também por aposentados. (VOZA, 2005, p.23-31).

Os requisitos para a caracterização do contrato de trabalho intermitente, no entendimento de Pacheco *et al* (2017, p.210), são: a) a exigência de forma escrita para o contrato, ainda que somente para a prova de sua existência, com o conteúdo previsto em lei e o prazo; b) a entidade prestadora de serviço, além de efetuar a comunicação obrigatória e pré-assuntiva, (comunicação administrativa) antes do início do fornecimento da prestação de trabalho intermitente, não superior a trinta dias.

A exigência de o contrato de trabalho intermitente ser por escrito é para comprovar os seus elementos essenciais: Duração (indeterminada, determinada ou por períodos predeterminados da semana, mês ou ano); hipóteses objetivas (tipo de trabalho) ou subjetivas (idade e características); local e modo de disponibilidade; tratamento econômico e regulatório; forma de convocação e medidas de segurança específicas para o tipo de atividade. (GHEIDO, 2010, p.89).

O trabalhador intermitente somente exerce atividades quando for necessário, mediante contrato escrito, podendo ser estipulado em duas situações: a) necessidades previstas em normas

9. As negociações coletivas possuem um importante papel no Direito do Trabalho italiano, podendo estipular medidas e posições para determinados fatos esporádicos, que a lei não aborda. Como também, nos casos em que tais elementos não forem expressamente declarados no contrato, a lacuna será interpretada pelas convenções coletivas. (ROMEI, 2004, p.415). Para as necessidades identificadas nas convenções coletivas, deve haver, ainda, referência que justifiquem o uso do contrato de trabalho intermitente, pois não são todos os setores que podem usufruir desse tipo de modalidade. (PACHECO, *et al.*, 2017, p.210-211).

coletivas autônomas em período predeterminados da semana, mês ou ano; b) por menores de 24 anos ou mais de 55 anos, devendo, no primeiro caso, a intermitência terminar até a pessoa completar 25 anos. (FRANCO FILHO, 2017, p.9).

É permitido que cada trabalhador preste serviços ao mesmo empregador por um período total não superior a 400 dias dentro de três anos civis, com exceção dos setores de turismo, atividades com o público e de espetáculos. No caso em que tal período seja superior, a relação de trabalho intermitente é transformada em tempo integral de duração indeterminada. (PACHECO, *et. al*, 2017, p.210-211).

No direito italiano há a possibilidade de haver contratação coletiva do trabalho de contrato à chamada, exigindo apenas a individualização daquilo que será exigido no serviço, além do período previamente acordado, exigindo que seja demonstrada a necessidade desse tipo de contratação. Pode-se, ainda, que o empregado exerça sua atividade firmada no contrato com o mesmo empregador desde que não ultrapasse um período superior a 400 dias, somando-se o tempo total trabalhados, dentro do intervalo de 3 anos. Se o prazo passar do estipulado o contrato intermitente ganha status de contrato de trabalho integral de duração determinada. (FERRANTE, 2017).

A partir de 2012, o desempenho do contrato intermitente deve ocorrer por trabalhadores com mais de 55 anos e com menos de 24 anos, desde que a prestação de serviços seja concluída até os 25 anos de idade (PACHECO, *et al*, 2017, p.210-211). Nucara *et al.*, (2010, p.17) complementa que, mesmo que a lei estipule a exigência de idade para o contrato de trabalho intermitente, este também pode ser estipulado fora dos casos previstos, pela negociação coletiva, que comprovará a necessidade para tal exceção à lei.

Vedações ao trabalho intermitente

O art. 34, § 3º, do Decreto Legislativo nº 276 de 2003 lista os casos em que a utilização do trabalho intermitente é proibida. Assim, Pacheco, *et. al.*, (2017) elenca:

A-Substituir trabalhadores em greve; b- trabalhar em unidades de produção em que nos 6 meses anteriores: foram realizadas dispensas coletivas; houve suspensão das relações de trabalho; houve redução nas horas de trabalho, salvo disposição em contrário, nos acordos sindicais; c- por empresas que não realizaram a inspeção de riscos, conforme o art. 4º do Decreto Legislativo nº 626 de 1994. (PACHECO, *et al*, 2017, p.210-211).

No que diz respeito à primeira proibição, Gheido (2010, p.125) explica que a greve é um instrumento de autoproteção dos trabalhadores. Isso se manifesta por uma abstenção do trabalho dos funcionários para proteger seus interesses coletivos. O direito de greve deve estar sujeito a limites subjetivos e objetivos: subjetivos - O direito de greve é excluído dos trabalhadores cuja função é garantir direitos constitucionalmente garantidos. Objetivos- A greve, para ser legítima, deve ter como objetivo proteger os interesses dos trabalhadores. A Constituição italiana define a

greve como "direito subjetivo fundamental e inalienável do empregado".

A segunda proibição, a do uso de trabalhadores recém demitidos por dispensa coletiva, respeita o art. 41 da Constituição Italiana, sendo uma proteção constitucional de iniciativa econômica privada. (RAUSEI, 2014, p.1026).

Essas limitações, de acordo com Barbera (2008, p.159), estão previstas também no art. 41 da Constituição, cujo parágrafo segundo declara que a liberdade de iniciativa econômica "não pode ser realizada em contraste com a utilidade social ou de maneira a prejudicar a segurança, a liberdade e a dignidade humana". Estes limites são definidos como limites "externos" e destinam-se a impedir que a própria atividade, embora legítima em si mesma, ocorra de maneira a afetar os interesses de terceiros ou de toda a comunidade, ou, ainda, de setores dela.

Por fim, o terceiro caso de proibição do uso de trabalho intermitente fala a respeito das empresas que não haviam realizado a avaliação de risco com base na legislação sobre segurança no trabalho, ou que essa avaliação não havia sido reelaborada de acordo com o disposto no art. 29, parágrafo 3, do Decreto Legislativo n. 81/2008. Além disso, nos últimos anos, a segurança no trabalho tem sido caracterizada como uma dimensão fundamental da responsabilidade social das empresas, especialmente à luz do número de crescimento de acidentes fatais no trabalho. (NATULLO; SANTUCCI, 2008, p.14).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

As recentes alterações trazidas pela Lei nº13.467 de 2017 proporcionaram diversas flexibilizações e alterações nas garantias adquiridas ao longo dos anos aos trabalhadores. O contrato de trabalho intermitente surgiu no cenário brasileiro como uma consequência das relações modernas de trabalho, que visa à redução de custos. Como apresentado, a “Reforma Trabalhista” continua sendo alvo de grandes debates na jurisprudência e na doutrina em face das lacunas deixadas pela lei.

A “Reforma Trabalhista”, com a promessa de “modernização” das relações de trabalho, trouxe o aumento das irregularidades trabalhistas, absoluta precarização, desvalorização do trabalho humano e vulnerabilidade dos trabalhadores, devido à deliberada tentativa de descaracterização do caráter protetivo do Direito do Trabalho, sendo uma afronta à Constituição Federal.

A justificativa utilizada para a implantação da “Reforma Trabalhista” se baseou no fato de que a flexibilização abriria as portas do mercado, tornando as relações entre empregados e empregadores mais livres, menos burocráticas e conseqüentemente mais atraentes, em face do cenário de grave crise no mercado de trabalho na qual o Brasil estava imerso.

O contrato de trabalho intermitente é um contrato sem garantias e sem obrigações, ou seja, ausência de garantias legais ao trabalhador e inexistência de qualquer garantia de recebimento de salário mensal, pois a remuneração está condicionada à convocação por parte do empregador.

Sobre as peculiaridades do contrato de trabalho intermitente, a cobrança da multa de 50%

do valor devido caso o serviço fosse prestado pelo trabalhador, entende-se ser inconstitucional, pois o §1º do art. 462 da CLT veda qualquer desconto no salário do trabalhador que não seja proveniente de dano, como também fere o princípio da isonomia entre os trabalhadores.

Dessa forma, essa nova modalidade de contratação não define carga horária mínima de horas trabalhadas, podendo o trabalhador ser contratado para prestar serviços por uma hora semanal ou mesmo mensal. No entanto, o limite máximo de horas trabalhadas garantidas pela CF/88 é mantida, não podendo ultrapassar 44 horas semanais ou 220 horas mensais.

Sobre as contribuições previdenciárias, os trabalhadores intermitentes são extremamente prejudicados. Devido a jornada sem garantia de salário ou de convocação, o trabalhador acaba sendo obrigado a recolher por conta própria ou complementar o valor necessário para ter direitos aos benefícios do INSS. Sendo um verdadeiro retrocesso no âmbito do Direito do Trabalho, que rompe com a sistemática constitucional de proteção ao trabalhador humano.

É fato que os empregados intermitentes, em face da percepção inferior de um salário mínimo ao mês, irão ver a sua aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição chegar mais tarde do que os trabalhadores de jornada comum.

Do ponto de vista previdenciário, a modalidade de contratação intermitente deve passar por uma regulamentação, traçando um novo modelo de contribuição, de modo a garantir os benefícios previdenciários aos trabalhadores dessa modalidade. O que urge fazer agora é chamar a atenção para a inadequação da opção legal pela regularização do trabalho intermitente, pois só assim será possível que, eventualmente, essa deixe de ser a realidade brasileira.

Entende-se que a flexibilização não é o caminho seguro para o crescimento econômico efetivo, pois, além de ferir os pilares do Estado, acaba deixando todo o ônus ao trabalhador. O Brasil está indo ao retrocesso dos direitos sociais. A própria Organização Internacional do Trabalho (OIT), em relatório datado de 2015, destacou que a flexibilização das leis trabalhistas, objetivando o crescimento econômico, além de não diminuir índices de desemprego, afasta o objetivo que se desejava.

Sob a luz da Constituição Federal e dos preceitos do Direito do Trabalho, evidenciou-se o retrocesso social, em face a diversas garantias fundamentais, de observância obrigatória. De tal modo, o contrato de trabalho intermitente não é benéfico ao trabalhador, ele se encontra preso num “limbo temporal” sem percepção de salário e de garantia de trabalho, aguardando ociosamente pela convocação. Assim, o contrato de trabalho intermitente apenas possibilita a desvalorização do trabalhador, pois incentiva a marginalização na conduta da contratação.

O contrato de trabalho intermitente italiano possibilita maior proteção legal ao trabalhador. No Brasil o contrato pode ser realizado de forma individual sem nenhuma restrição. Também não há restrição de idade, não prevê o pagamento de subsídio de disponibilidade e não tem prazo máximo ou horas máximas que podem ser trabalhadas nessa modalidade para o mesmo empregador.

Embora flexível, a postura italiana em relação ao trabalho intermitente é mais protetiva que a brasileira. Se o Brasil adotasse um sistema amplo com requisitos de natureza formal,

material e vedações necessárias, garantiria maior proteção ao trabalhador. Além disso, o modelo italiano limita uma carga horária máxima para os trabalhadores em 400 dias no período de três anos, obstaculizando a exploração do trabalho; garante, ainda, o subsídio de disponibilidade, como forma de diminuir a precarização. O pagamento de subsídios, como é realizado no ordenamento jurídico italiano, caso fosse adotado no Brasil, acabaria por afastar o desejo de muitos empregadores pela adoção da modalidade.

Na Itália a intervenção sindical é tão importante que, em regra, a contratação descontínua é realizada de forma coletiva, de modo que a contratação individual ocorre apenas excepcionalmente.

Analisando o modelo de contrato de trabalho intermitente do Brasil, em confronto com o modelo italiano, percebe-se que o legislador brasileiro não se atentou para as garantias fundamentais. Como tal, essa nova modalidade contratual necessita de ampla regulamentação, que poderá ser efetuada via negociação coletiva ou através de normas legais.

O Brasil, além de não acompanhar a legislação estrangeira, na qual diz ter se inspirado, precariza as relações laborais. É, sem dúvidas, a modalidade mais cruel imposta pela “Reforma Trabalhista”, que não observa os princípios constitucionais vigentes que norteiam o direito (dignidade humana, garantia de salário, função social do trabalho, etc).

Diante de tantas lacunas e contradições deixadas pelo legislador, é imprescindível que o Direito atue contra a flexibilização das garantias constitucionais e redija uma nova regulamentação sobre o contrato de trabalho intermitente.

REFERÊNCIAS

ALCOLEA, Manuel Álvarez (coord.); BLASCO, Juan García; TENA, Ángel Luis de Val; ORTIZ, Sara Alcázar. *Derecho individual y Colectivo Del Trabajo*. 7.ed. Zaragoza: KRONOS, 2017.

ALENCAR, Zilmara. **A face sindical da Reforma Trabalhista: Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017**. 4. ed. ano 3. Brasília: Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar, 2017.

ALVES, Amauri Cesar. Trabalho intermitente e os desafios da conceituação jurídica. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.82, jan./fev.2018. Porto Alegre: Magister, 2018.

ANAMATRA. **Considerações da Reforma**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. **Nota Técnica PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista Aspectos de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 14 fev. 2019.

_____. **Nota Técnica PLC 38/2017 – Reforma Trabalhista Aspectos**

de Inconstitucionalidade e de Antijuridicidade. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/files/Nota-tecnica-Conjunta-Reforma-Trabalhista---aspectos-de-constitucionalidade-e-antijuridicidade.pdf>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

ANDRADE, Vander Ferreira. **A dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Cautela, 2007.

BARBERA, Augusto.; FUSARO, Carlo. *Corso di diritto pubblico.* Bologna: Zanichelli, 2008.

BRASIL, **Medida Provisória nº 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Mpv/mpv808.htm>. Acesso em 17 fev. 2019.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. **Lei. 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 nos 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. 2017.

_____. **Medida Provisória n. 808, de 14 de novembro de 2017.** Altera a Consolidação das Leis do Trabalho - CLT, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. 2017.

_____. **Tribunal Superior do Trabalho.** Recurso de revista nº 9891900-16.2005.5.09.0004. Recorrente: Ministério Público do Trabalho da 9ª Região. Recorrida: Arcos Dourados Comércio de Alimentos Ltda.. Relatora: Ministra Dora Maria da Costa. Brasília, 23 de fevereiro de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&highlight=true&numeroFormatado=RR%20%20989190016.2005.5.09.0004&base=acordao&numProcInt=149779&anoProcInt=2007&dataPublicacao=25/02/2011%2000:00:00&query=>>>. Acesso em: 28 nov. 2017.

BRUNO, Angela. *Nuovi dubbi di legittimità in materia di lavoro intermittente al vaglio della Corte di Giustizia Europea.* v.6. Giur. it., 2016.

CARINCI, Franco. *Provaci ancora Sam: ripartendo dall'art. 18 dello Statuto.* Rivista italiana di diritto del lavoro, 2012.

CASSAR, Vólia Bomfim. **Comentários à reforma trabalhista.** Rio de Janeiro, Forense; São Paulo: Método, 2017.

_____. **Direito do trabalho.** 14ª ed. São Paulo: Método, 2017, a.

DELGADO, Mauricio Godinho. **A reforma trabalhista no Brasil: com os comentários à Lei n.13.467/2017.** São Paulo: LTr, 2017.

_____. **Curso de Direito do Trabalho.** 17ª ed. São Paulo: LTr, 2018.

FERRANTE Vincenzo. *Dal contratto al mercato: evoluzioni recenti del diritto dl lavoro alla luce del Jobs Act.* Torino: Giappichelli, 2017.

FIGUEIRAS, Vitor; BISPO, Bruna; COUTINHO, Pablo. **A reforma trabalhista como reforço a tendências recentes no mercado de trabalho.** In: Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil. Organizadores: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

FRANÇA, Fernando Cesar Teixeira. **Novidades do Contrato de Trabalho na Reforma Trabalhista**. In MONTEIRO, Carlos Augusto; GRANCONATO, Márcio (Org.). Reforma Trabalhista. São Paulo: Foco, 2017.

FRANCO FILHO, Georgenor de Sousa. Trabalho intermitente. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.81, nov./dez.2017. Porto Alegre: Magister, 2017.

GHEIDO, Maria Rosa. *A. Casotti, La flessibilità della prestazione nei contratti di lavoro: voucher, lavoro a progetto e intermittente*. Assago: Ipsoa, 2010.

HIGA, Flávio da Costa. Reforma trabalhista e Contrato de trabalho intermitente: uma tentativa de aproximação dialógica junto ao senado. **Revista Magister de Direito do Trabalho**. Coordenadores: Arion Sayão Romita, Ives Gandra Martins Filho, Nelson Manrich Ney Prado e Rodolfo Pamplona Filho. v.77, mar./abr.2017. Porto Alegre: Magister, 2017.

HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. In: HOUAISS, Antônio; VILLAR, Mauro de Salles; FRANCO, Francisco Manoel de Melo. **Dicionário Houaiss de língua portuguesa**. 1 ed. Rio de Janeiro: Objetiva, 2009, p.1434.

ITÁLIA. *Ministerio del Lavoro e delle Politiche Sociali*. Lavoro intermittente o a chiamata. Disponível em: <<https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-a-chiamata.aspx>>. Acesso em: 10 fev. 2019.

_____. *Decreto Legislativo n.º. 276/2003 - Legge Biagi*. Disponível em: <<http://www.camera.it/parlam/leggi/deleghe/03276dl1.htm>>. Acesso em: 27 jan. 2019.

_____. *Gazzetta Ufficiale*. Decreto Lei 81/2015. Disponível em: <<http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2015/06/24/15G00095/sg>>. Acesso em: 15 fev. 2019.

_____. *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali*. Contratto di lavoro intermittente o a chiamata. Disponível em: <<https://www.cliclavoro.gov.it/NormeContratti/Contratti/Pagine/Contratto-di-lavoro-intermittente-o-a-chiamata.aspx>>. Acesso em 17 fev. 2019.

_____. *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Decreto Interministeriale de 27 de marzo de 2013*. Disponível em: <https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Interministeriale_27_marzo_2013.pdf>. Acesso em 17 fev. 2019.

_____. *Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali. Interpello n. 15/2015*. Disponível em: <<https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Interpello-15-2016.pdf>>. Acesso em 17 fev. 2019.

LA MENDOLA, Alessia. *Lavoro intermittente e comunicazione obbligatoria*. Diritto e pratica del lavoro, v.9. 2017.

MAIOR, Jorge Luiz Souto, **Trabalho intermitente e golpismo constante**. Revista Síntese: trabalhista e previdenciária. São Paulo, v. 28, n. 334, p. 211-215, abr. 2017.

_____. **ASupersubordinação: invertendo-se a lógica perversa da desconstituição de direitos trabalhistas**. Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_78/jorge_luiz_souto_maior>.

MANZANO, Marcelo; CALDEIRA, Christian Duarte. **Dinâmica recente do mercado de trabalho brasileiro ainda nos marcos da CLT**. In: Dimensões críticas da reforma trabalhista no Brasil.

Organizadores: KREIN, José Dari; GIMENEZ, Denis Maracci; SANTOS, Anselmo Luis dos. Campinas: Curt Nimuendajú, 2018.

MARTINEZ, Luciano. **Reforma Trabalhista - Entenda o que Mudou - CLT Comparada e Comentada**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MARTINEZ, Pedro Romano. **Direito do trabalho**. 6ª. ed. Coimbra: Almedina, 2013.

MENEZES, Caroline Porsche de; ALMEIDA, Almiro Eduardo de. Contrato de trabalho intermitente: os impactos da regulamentação nos direitos trabalhistas. **Revista Justiça e Sociedade**, v.3, nº1, 2018.

MINORI, Alan Fernandes. A Dignidade Humana e o Emprego: uma breve avaliação da Convenção n. 158 da Organização Internacional do Trabalho. **Estado, Jurisdição e Novos Atores Sociais**. São Paulo, Grupo Conceito, 2010.

NACIF, Cynthia Mara; SOUZA, Miriam Parreiras de. Reflexões sobre a aplicação do trabalho intermitente no trabalho doméstico. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região**. v.64, nº 97, p. 251-268, jan./jun. Belo Horizonte, 2018.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho**. 26 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr, 2009.

NATULLO, Gaetano.; SANTUCCI, Rosario. *Ambiente e sicurezza sul lavoro: quali tutele in vista del Testo Unico?* Milano: Angeli, 2008.

NOGUEIRA, Eliana dos Santos Alves. O contrato de trabalho intermitente na reforma trabalhista brasileira: contraponto com o modelo italiano. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**. Campinas, nº 51, 2017.

NORBIM, Luciano Dalvi. **Reforma trabalhista ao seu alcance**. Belo Horizonte: Líder, 2017.

NUCARA, Alessandro Massimo; CANDIDO, Angelo Giuseppe; BENTIVOGLIO, Federica. *Il lavoro intermitente nel settore turismo*. 3º ed. Federalberghi & Format. Roma: Edizioni Ista, 2010.

PACHECO, Flávia *et al.* Análise comparativa normativa: trabalho intermitente no Brasil e em diplomas estrangeiros. **Revista Científica Faculdades do Saber**, v. 2, n. 3, 2017.

PAPA, Danilo. *Lavoro intermittente e contrattazione collettiva*. In: Guida al lavoro. 2008.

PRETTI, Gleibe. **Trabalhador intermitente na prática - conforme reforma trabalhista**. São Paulo: LTr, 2018.

RAUSEI, Pierluigi. *Tutto Jobs Act: la nuova dottrina del lavoro*. Assago: WoltersKluwer, 2014.

SALES, Cleber Martins *et al.* **Reforma trabalhista comentada MP 808/2017: Análise de todos os artigos**. 1ª ed. – Florianópolis: Empório do Direito, 2018.

SILVA, Jose Afonso da. A dignidade da pessoa humana como valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, vol. 212, abril/junho, 1998.

SILVA JUNIOR, Luiz Carlos da. O princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro. Uma análise pragmática. **Revista Jus Navigandi**. Teresina, ano 18, n. 3651, 30 jun. 2013. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/24832>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Comentários à reforma trabalhista**. São Paulo: RT, 2017.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. Afrontas ao pacto constitucional:

o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. **Revista do Tribunal Regional. 10º Região.** v.21, nº2. Brasília, 2017.

TEIXEIRA, Érica Fernandes; GONÇALVES, Nicolle Wagner da Silva. Afrontas ao pacto constitucional: o trabalho intermitente regulamentado e a flagrante afronta aos direitos trabalhistas no Brasil. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 10ª Região.** Brasília, v. 21, n. 2, p.40, nov. 2016.

TIRABOSCHI, Michele. *Le nuove regole del lavoro dopo il Jobs Act.* Milano: Giuffrè, 2016.

VOZA, Roberto. *I contratti di lavoro ad orario “ridotto, modulato o flessibile” (part-tima, lavoro intermitente e lavoro ripartito).* Facoltà di Giurisprudenza: Università di Bari, 2005.

_____. *Il lavoro intermittente.* In: CARINCI, F. Diritto del lavoro. Commentario. Torino: Utet, 2007.

_____. *La destrutturazione del tempo di lavoro: part time, lavoro intermittente e lavoro ripartito.* In: Curzio di lavoro e diritti, dopo il Decreto Legislativo 276/2003, Cacucci, Bari, 2004.

O DIREITO À IDENTIDADE DE GÊNERO E POLÍTICAS PÚBLICAS DE TRABALHO: PELA GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA A POPULAÇÃO TRANS NO BRASIL

THE RIGHT OF GENDER IDENTITY AND LABOR PUBLIC POLICIES: FOR A MINIMUM EXISTENCIAL GUARANTEE FOR TRANSGENDER POPULATION

Carla Reita Faria Leal¹

Brendhon Andrade Oliveira²

RESUMO: O estudo faz análise de propostas legislativas, políticas públicas e decisão judicial com o objetivo de avaliar os percursos do direito à identidade de gênero e das políticas de trabalho para a população trans no Brasil. Para tanto, utiliza-se de pesquisa qualitativa e do método de abordagem hipotético-dedutivo. A pesquisa identificou que as políticas públicas de trabalho são marcadas por fragilidades, enquanto que o direito à identidade de gênero fora reconhecido por meio da judicialização, e ambos contextos se aproximam na medida em que há resistências conservadoras da política majoritária no Poder Público. Considerando os dados que demonstram a vulnerabilidade dessa população, conclui-se pela necessidade da garantia do direito fundamental ao mínimo existencial.

Palavras-chave: Identidade de Gênero. Políticas Públicas. Trabalho. Transexualidade. Mínimo existencial.

ABSTRACT: The presente study analyses the legislative propositions, public policies and legal sentences that allow us to evaluate the paths of the right to gender identity, as well as the work policies for the transgender population in Brazil. For this purpose, qualitative research and deductive hypothetical method were used. The research demonstrated the fragility of the labor public policies, while the right of gender identity has been recognized through judicialization, and both contexts approach as far as there are conservative resistances of the majority policy of the Government. Considering the data that demonstrate the vulnerability of this population, the conclusion therefore is the need to guarantee the fundamental right to the minimum existencial.

1. Doutora e mestre em Direito das Relações Sociais, subárea Direito do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Professora associada da Universidade Federal de Mato Grosso. Juíza do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 23ª Região - TRT23 (aposentada). Líder do Projeto de Pesquisa O meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente. Coordenadora de área no Projeto de Extensão PAI - Ação Interinstitucional para qualificação e reinserção dos trabalhadores resgatados do trabalho análogo à escravidão e/ou de trabalhadores e comunidades vulneráveis a essa situação no Estado de Mato Grosso (UFMT/MPT-23ª/SRTb). Coordenadora Adjunta do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (PPDG/UFMT).

2. Mestrando em Direito pela Universidade Federal de Mato Grosso (PPDG/UFMT). Graduado em Direito pela Universidade Federal do Tocantins (UFT).

Keywords: Gender Identity. Public policy. Job. Transsexuality. Existential minimum.

INTRODUÇÃO

Este trabalho³ centra-se no tema do direito à identidade de gênero e ao trabalho da população de Travestis e Transexuais no contexto brasileiro. Assim, parte-se das seguintes indagações: qual os percursos dos direitos e políticas públicas para a população transexual no Brasil? Estes asseguram vida digna a essa parcela da população?

As regulações sobre os dispositivos de gênero e sexualidade são percebidas por toda história da humanidade até então conhecida, ditando normas para o exercício legítimo da sexualidade e para as expressões de gênero que são naturalizadas em suas construções sociais da inteligibilidade. Nessa lógica, “o corpo é socialmente construído” (LE BRETON, 2007, p. 27) e é marcado pelas relações de poder que atravessam as relações sociais, portanto, “a determinação de lugares ou das posições sociais dos sujeitos no interior de um grupo é referida aos seus corpos”. (LOURO, 2004, p.36)

Atinente à questão, Rubin (2012, p. 10) produz o conceito de “essencialismo sexual”, compreendendo-o como “a ideia de que sexo é uma força natural que existe anteriormente à vida social e que molda as instituições”. A autora constata que

O essencialismo sexual é incorporado no saber popular das sociedades ocidentais, as quais consideram o sexo como eternamente imutável, a-social e transhistórico. Dominado por mais de um século pela medicina, psiquiatria e psicologia, o estudo acadêmico do sexo tem reproduzido o essencialismo. Estes campos classificam o sexo como propriedade dos indivíduos. Talvez seja inerente aos hormônios ou a psique. Talvez seja construído como fisiológico ou psicológico. Mas dentre essas categorias etnocientíficas, a sexualidade não tem história e tampouco tem determinantes sociais significativos. (RUBIN, 2012, p. 10)

O essencialismo sexual imbuído nas ciências biológicas e no imaginário social dificulta que a sociedade pense o exercício da sexualidade enquanto um fator social, de construção social. Além disso, esse determinante natural corrobora com a rigidez do gênero e da sexualidade, tendo em vista que estão naturalizadas em seus limites de inteligibilidade. Colaborando com a questão, Louro (2004, p. 38) afirma que

3. Estudo realizado no âmbito do Grupo de Pesquisa “O meio ambiente do trabalho equilibrado como componente do trabalho decente” da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso (GPMAT/UFMT).

Certa premissa, bastante consagrada, costuma afirmar que determinado sexo (entendido, neste caso, em termos de características biológicas) indica determinado gênero e este gênero, por sua vez, indica o desejo ou induz a ele. Essa sequência supõe e institui uma coerência e uma continuidade entre sexo-gênero-sexualidade. Ela supõe e institui uma consequência, ela afirma e repete uma norma, apostando numa lógica binária pela qual o corpo, identificado como macho ou como fêmea, determina o gênero (um de dois gêneros possíveis: masculino ou feminino) e leva a uma forma de desejo (especificamente, o desejo dirigido ao sexo/gênero oposto).

Considerando, assim, a inteligibilidade do sistema sexo-gênero-sexualidade, aqueles/as sujeitos que atravessarem as fronteiras rígidas estabelecidas para o gênero e sexualidade, ou seja, aquele/a que transgredir os símbolos próprios de cada um desses territórios, são assinalados como diferentes e desviantes (LOURO, 2004). Além disso, têm-se a heterossexualidade consagrada enquanto única forma saudável e legítima de exercício da sexualidade, e de modo igual, “estabeleceu a necessidade de uma compatibilidade entre a identidade de gênero e a anatomia. Trânsitos entre gênero passaram a ser interpretados como doenças”. (ALMEIDA, 2013, p. 384).

É nesse contexto que surgem as categorias “homossexualidade” e “transexualidade”, criadas no saber “psi” no século XIX, constituindo os sujeitos homossexuais e transexuais, que apesar de existirem em outros períodos históricos, não eram inteligíveis por essas nomenclaturas. Homossexualidade foi o termo criado para “se referir às “pessoas que fazem sexo com pessoas do mesmo sexo”” (ZAMBRANO, 2006, p. 128), de modo que a transexualidade decorre dos “mistérios que levam uma pessoa de um determinado sexo a reivindicar o reconhecimento social como membro de outro”(ALMEIDA, 2013, p. 384). Dessa forma, compreende-se que as homossexualidades e transexualidades nascem dentro de uma perspectiva médica compreendendo-as como desviantes e inversas, delimitando “uma fronteira entre o normal e o patológico no campo das identidades sexuais” (ALMEIDA, 2013, p. 384).

O resultado dessa compreensão patológica de expressões de gênero e sexualidade gerou a classificação da homossexualidade e transexualidade como doença na Organização Mundial de Saúde. Em 17 de maio de 1990 esta organização deixou de considerar a homossexualidade como doença, uma vitória histórica do movimento homossexual que elegeu esta data como Dia Internacional de Combate à Homofobia. Já a transexualidade carregou o estigma de transtornos mentais junto à esquizofrenia, cleptomania e depressão até o dia de 18 de junho de 2018, quando a OMS passou a classificá-la como uma condição relativa à saúde sexual, junto à ejaculação precoce e disfunção erétil. Em suma, apesar da homossexualidade não ser tratada mais como doença de ordem nenhuma, a transexualidade ainda tem uma larga batalha para deixar de ser considerada o mesmo que uma condição de saúde sexual.

Almeida (2013) salienta que a partir de meados do século XX vem se construindo no

campo das ciências sociais compreensões da transexualidade enquanto fenômeno histórico e cultural em contraposição ao pensamento “essencialista” dos saberes médicos-psi. Partindo de uma concepção sociológica, adota-se a compreensão da transexualidade a partir dos estudos de Berenice Bento (2008). Segundo a autora, a “transexualidade é um desdobramento inevitável de ordem de gênero que estabelece a inteligibilidade dos gêneros no corpo” (BENTO, 2008, p. 19), onde a autora compreende que “a transexualidade é uma experiência identitária, caracterizada pelo conflito com as normas de gênero”, se remetendo “às experiências de trânsitos entre gêneros” (BENTO, 2008, p. 18). Destaca ainda

A especificidade da transexualidade está na explicitação dos limites dessas normas de gênero, à medida que a reivindicação de passagem do gênero imposto ao nascer para o gênero identificado exige que os defensores dessas normas de gênero se posicionem” (BENTO, 2008, p. 20)

Ainda que a transexualidade esteja relacionada à uma experiência de identidade, ressignificando e criando novos sentidos do binário masculino-feminino, não se pode olvidar “a dor e angústia que marcam as subjetividades daqueles que sentem e desejam viver experiências que lhes são interditas por não terem comportamentos considerados apropriados para seus sexos” (BENTO, 2008, p. 23). Visto isso, a identidade de gênero assenta-se sobre a afirmação de um sentimento de pertencimento à um determinado gênero, em desacordo com atribuição dada a partir do sexo no nascimento.

Outro ponto de tensão que perpassa as questões de gênero e sexualidade são os tensionamentos morais com grupos religiosos dominantes, tendo em vista que “o campo da religião é tradicionalmente compreendido como uma arena de normas e prescrições morais” (MACHADO; PICOLLO, 2010, p. 171). A religiosidade, que no contexto ocidental predomina a matriz judaico-cristã, historicamente também regula e detém poder de ditar regras sobre as expressões de gênero e exercício da sexualidade.

Atualmente a “expansão da cidadania LGBT é percebida como violação dos direitos das pessoas 'normais” (NATIVIDADE; OLIVEIRA, 2013, p. 90), tendo em vista que esta comunidade não se enquadra dentro do que as religiões de matriz cristã produziram como verdade para gênero e sexualidade. Estas instituições religiosas hegemônicas no contexto brasileiro têm alocado as práticas não-heterossexuais monogâmicas com fins reprodutivos e os trânsitos de gênero como “como transgressões à lei da natureza ou de Deus, que teria criado dois seres de sexos diferentes para se complementarem e procriarem”, onde esses sujeitos “são percebidos como ameaças às ordens social, política, moral e, em alguns casos, legal das sociedades” (MACHADO; PICOLLO, 2010, p. 117).

Nesse sentido, Natividade e Oliveira (2013, p. 89) compreendem que existe uma atuação fundamentalista religiosa afirmando que a emancipação de pessoas LGBT por meio de reconhecimento social, jurídico, político e cultural “promoveria a crescente aceitação da

diversidade sexual, conduzindo ao 'extermínio do heterossexual', à 'destruição da família brasileira', a atitudes heterofóbicas, ao crescimento da pedofilia no país, ao aumento da difusão da epidemia de HIV/aids”.

À vista disso, essa atuação integral do poder religioso-essencialista contribui para “constituir diferenças nas sociedades modernas, sinalizando-as e criando categorias diferentes de pessoas” (ZAMBRANO, 2006, p. 135), o que acaba por gerar efeitos nas ordens jurídicas ocidentais, onde o Estado assume posições excludentes com base nas regulações morais religiosas e de concepções patológicas. Dessa maneira, a performance e expressão de gênero, bem como os exercícios da sexualidade, passam a ser alvo de vigilância, que através de minuciosos e difusos mecanismos de poder, prezam pela manutenção da rigidez e limites estabelecidos tanto para o gênero, quanto para a sexualidade.

A partir dessa realidade, grupos de ativismos surgem a partir da década de 1960/70 reinventando os sentidos da homossexualidade e transexualidade, atuando para alterar a cultura discriminatória, excludente e de violência, bem como a negação de reconhecimento jurídico. Entre as principais pautas históricas e atuais do movimento LGBT, especialmente das pessoas trans, encontram-se o direito à identidade de gênero conforme autoatribuição e auto-reconhecimento, assim como o acesso aos direitos sociais a exemplo do trabalho decente, educação qualificada e saúde em suas especificidades, além da criminalização da violência LGBTfóbica.

A partir desse contexto se subscreve o presente trabalho, cujo objetivo central é analisar o processo de reconhecimento do direito à identidade de gênero e as ações públicas na promoção do direito ao trabalho para as pessoas trans, considerando que a) o direito civil de personalidade (direito à identidade) é um vetor de acesso ao mercado de trabalho dessa população; b) a identidade de gênero é o direito que possibilita as pessoas trans estarem em conformidade com o gênero autopercebido; e c) o trabalho se constitui na sociabilidade burguesa como mecanismo de subsistência e sobrevivência. Portanto, esse estudo se propõe a mapear as políticas públicas de trabalho para a população transexual no Brasil; verificar a trajetória de disputa pelo reconhecimento à identidade de gênero; e por fim, avaliar os benefícios, limites e possibilidades da cidadania conquistada.

A pesquisa é de caráter qualitativo e se utiliza do método hipotético-dedutivo, onde “o pesquisador elege o conjunto de proposições hipotéticas que acredita serem viáveis como estratégia de abordagem para se aproximar de seu objeto” (MEZZAROBBA; MONTEIRO, 2009, p. 68). Assim, as hipóteses assumem a forma de partida que serão verificadas no decorrer da pesquisa. Portanto, parte-se da hipótese de que as políticas públicas de trabalho para a população trans são marcadas por fragilidades como descontinuidade e falta de orçamento, enquanto que o direito à identidade de gênero fora reconhecido por via da judicialização, e ambos contextos se aproximam na medida em que há resistências morais e conservadoras da política majoritária no Poder Público.

Enquanto procedimentos técnicos, o estudo emprega a análise documental como técnica

de coleta de dados, considerando “a importância dessa estratégia como alternativa de investigação dadas as contribuições que uma análise crítica e aprofundada de determinados documentos pode aportar” (PRATES; PRATES, 2009, p. 120). Assim, selecionou-se os seguintes documentos:

Tabela 1 – Documentos dos poderes legislativo, executivo ou judiciário I

Ano	Poder	Documentos
1995	Legislativo	Projeto de Lei 70 - Dispõe sobre a mudança do prenome mediante autorização judicial em casos em que a pessoa tenha se submetido a intervenção cirúrgica para alteração do sexo original.
2004	Executivo	Programa Brasil Sem Homofobia
2005	Legislativo	PL 5872 - Proíbe mudança de prenome em casos de “transexualismo”
2006	Legislativo	PL 122 - Altera Código Penal e Consolidação das Leis de Trabalho para definir os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero.
2009	Executivo	I Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT
2011	Executivo	Anais da 2ª Conferência Nacional LGBT
2013	Legislativo	PL 5002 - Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera Lei de Registros Públicos
2016	Executivo	Decreto Nº 8.727, de 28 de abril de 2016 (identidade de gênero na administração pública federal)
2018	Judiciário	Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275/DF (sobre identidade de gênero)

Fonte: Pesquisa direta.

Para a análise dos dados coletados elege-se a análise de conteúdo, que conforme Bauer e Gaskell (2002, p. 191), “é uma técnica para produzir inferências de um texto focal para seu contexto social de maneira objetivada”. Por fim, entre os/as teóricos/as basilares deste estudo encontram-se colaborações de Gayle Rubin, Guacira Lopes Louro, Berenice Bento, Guilherme Almeida, Elizabeth Zambrano, Roger Raupp Rios, Daniel Sarmento, dentre outros.

OS PERCURSOS DOS DIREITOS E POLÍTICAS PÚBLICAS PARA A POPULAÇÃO TRANSEXUAL NO BRASIL

O presente tópico tem o objetivo de compreender os deslocamentos dos direitos da população de travestis e transexuais no Brasil a partir da histórico de militância LGBT relacionando-os com os documentos selecionados pela análise documental, o que permite avaliar as disputas e tensões no âmbito da arena política e jurisdição constitucional.

A chamada “Revolução de Stonewall” em 1969, que ocorreu em Nova York nos Estados Unidos, é considerada o marco no nascimento no movimento LGBT. Nesse contexto, gays, lésbicas e pessoas trans reagiram à violência policial e utilizando-se como referências os movimentos raciais e feministas passam a ostentar a identidade homossexual com orgulho, na busca pelo reconhecimento da diferença, onde expressões como “sair do armário” transformaram-se em palavras de ordem (MELLO, 2005).

No Brasil, o movimento nasce ainda na ditadura civil-militar considerando que aqueles que não correspondiam às normas ditas para o exercício de sexualidade e expressões de gênero eram marcados como ameaçadores da ordem, da moral e dos bons costumes, colocando sujeitos LGBT sob perseguição. As primeiras agrupações buscavam se articular politicamente no combate às práticas discriminatórias. Green e Quinalha (2015) identificam que a publicação do Jornal Lampião de Esquina, em 1978, e a fundação do Núcleo de Ação pelos Direitos dos Homossexuais (atualmente grupo Somos: Grupo de Afirmação Homossexual) marcaram o aparecimento desses primeiros movimentos.

A década de 80, por sua vez, é marcada pelo surgimento e combate ao HIV/Aids, que gerou um forte impacto no ativismo homossexual em níveis globais. Nesse contexto, passam a sofrer duplo estigma, o da Aids e o da própria identidade, seja homossexual ou transexual. Assim, o “surgimento da epidemia proporcionou, então, apesar do recrudescimento inicial da homofobia, um fortalecimento da militância homossexual” (MELLO, 2005, p. 206). Ainda na década de 80 tem-se a militância desses grupos alçando suas primeiras disputas políticas, como a tentativa de incluir expressa proibição de discriminação em decorrência de sexualidade no texto da atual Constituição Federal de 1988, o que restou infrutífero.

Com a epidemia HIV/Aids, a partir dos anos 1990, o ativismo de pessoas LGBT ganha maior visibilidade, considerando que se espalharam pelo mundo discussões sobre cidadania e direitos humanos LGBT, além da incidência da Aids também na população heterossexual o que corroborou com a desconstrução enquanto “câncer ou peste gay” (MELLO, 2005). Conforme levantamento documental, é nessa década que se tem ainda as primeiras proposições legislativas voltadas a regulamentar os direitos da população LGBT, evidenciando a inserção da militância LGBT na política institucionalizada.

Em 1995 tem-se a propositura de dois projetos de lei. O PL nº 1.151 buscava disciplinar a união civil entre pessoas do mesmo sexo. Já o PL 70, dispunha sobre a mudança de prenome mediante autorização judicial nos casos em que a pessoa tenha se submetido a intervenção

cirúrgica para alteração do sexo original. O PL 70, que tratava sobre direitos da população trans, em sua versão original, buscava alterar o Código Penal no sentido de que tal intervenção cirúrgica não constituísse crime e a Lei de Registros Públicos para admitir mudança de prenome mediante autorização judicial. Esse projeto tramitou, houve alterações propostas por relatores e caminhou até 1999, quando fora solicitada urgência para o projeto, o que, todavia, não logrou êxito.

No ano de 2005, o Deputado Elimar Damasceno, do PRONA, propôs o PL 5872, cujo objetivo é a proibição da alteração do prenome em casos de “transexualismo”, como consta no inteiro teor do projeto, e requereu que fosse apensado ao PL 70/95. Tem-se que, portanto, a propositura do PL 5872 é uma reação conservadora ao PL 70/95. Conforme se extrai da tramitação no Congresso Nacional, o PL 70/95 passou por outras propostas de apensação à projetos que alteram a Lei de Registros Públicos ou matérias correlatas até o ano de 2016. Todavia, permanece sem lograr êxito, e assim deve permanecer, dado que a perspectiva do direito à identidade de gênero atualmente se constrói na contramão das sujeições aos tratamentos e intervenções do campo essencialista/médico.

Nesse espaço de tempo de primeiras disputas legislativas (1995-2005), têm-se alterações correlatas no âmbito do Poder Executivo. No ano de 2002, com a segunda versão do PNDH – Plano Nacional de Direitos Humanos, ainda no governo de Fernando Henrique Cardoso, foram incorporadas propostas como emenda à Constituição para inclusão do direito à livre orientação sexual e proibição de discriminação em decorrência desta (MELLO, 2005). Nas eleições de 2002, os/as candidatos/as à Presidência da República foram indagados e tiveram que se manifestar sobre a homossexualidade, sobretudo em decorrência da visibilidade que o tema união civil (mais tarde, parceria civil) havia ganhado. Nessa eleição já haviam alianças de candidatos/as com os setores religiosos, onde candidatos/as chegaram a prometer publicamente a não aprovação do “casamento gay”, inclusive houve uma força tarefa do Partido dos Trabalhadores, eleito para ocupar o cargo de Presidente, em desfazer boatos de que, se Lula fosse eleito, aprovaria direitos para homossexuais.

A partir do governo Lula, as demandas da população LGBT ganham maior espaço no Poder Executivo. No ano de 2004 viu-se a criação da primeira política pública específica para a população LGBT, o Programa Brasil Sem Homofobia (BSH), que tinha como escopo o combate à violência e discriminação contra GLBT – termo utilizado à época – bem como a promoção da cidadania homossexual (BRASIL, 2004). O programa possui 53 ações que foram divididas em 11 eixos, voltadas para apoio e fortalecimento de instituições que promovam a cidadania e combate à homofobia, capacitação de ativistas, promoção de informações sobre autoestima homossexual e direitos, bem como incentivos às denúncias de violações de direitos (IRINEU et al., 2010).

Em relação às políticas de trabalho previstas no BSH, tem-se que

Pautando as questões de não discriminação em ambientes de trabalho, a ação VII “Direito de Trabalho: garantindo uma política de acesso e de promoção da não discriminação por orientação sexual” é articulada em torno de quatro

diretrizes, versando sobre o combate a GLBTfobias em ambientes de trabalho e a importância da qualificação profissional dos grupos discriminados em função da orientação sexual e identidade de gênero (IRINEU et al., 2010, p. 177).

Entre essas diretrizes verifica-se: a) articulação com o Ministério Público do Trabalho (MPT) para implementação de políticas de combate à discriminação de GLBT no ambiente de trabalho; b) apoio e fortalecimento da rede de Núcleos de Combate à Discriminação no ambiente laboral das Delegacias Regionais do Ministério do Trabalho e Emprego; c) ampliação da articulação com o MPT para implementação das políticas de combate à discriminação no trabalho, incluindo políticas afirmativas existentes, bem como a fiscalização do trabalho e as políticas de acesso ao trabalho, emprego e renda, e por fim, d) desenvolvimento, em parceria com o MPT, de programa de sensibilização de gestores públicos sobre a importância da qualificação profissional de GLBT nos diversos segmentos do trabalho para erradicar a discriminação.

Em relação aos direitos, o BSH prevê apoio e articulação com o Parlamento de propostas legislativas que proibam a discriminação e promovam os direitos de GLTB, mas não traz nada de específico em relação à identidade de gênero. Ainda durante o governo Lula, o Projeto de Lei da Câmara nº 122 de 2006 ganhou destaque midiático, sobretudo nas mídias religiosas, tendo em vista que o projeto visa criminalizar a homofobia, sendo que alguns religiosos como Silas Malafaia o apelidou de “mordaca gay”, sob argumento de censura da liberdade de expressão (FELICIANI; SCHIRMER; DALMOLIN, 2017). O PLC 122 é resultado da propositura inicial do PL nº 5.003 de 2001 que objetivava fixação de sanções de natureza administrativa contra pessoa jurídica que praticasse atos discriminatórios em virtude da orientação sexual.

Em 2005, o relator apresentou substitutivo para o projeto original e propôs alteração da Lei nº 7.716/1989, que define crimes resultantes de preconceito de cor ou raça, dando nova redação ao art. 140, § 3º, do Código Penal e art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Nesse sentido, propõe o Projeto de Lei passem a ser considerados crimes atos consistentes em discriminação por raça, cor, etnia, religião, procedência nacional, gênero, sexo, orientação sexual e identidade de gênero. O substitutivo, por sua vez, elenca diversas situações em que a homofobia pode ser caracterizada como dispensa de empregados em decorrência da orientação sexual ou gênero; acrescenta ao Código Penal a utilização de elementos como orientação sexual e identidade de gênero para crime de injúria, dentre outras alterações.

A versão substitutiva fora aprovada no Pleno e remetido ao Senado Federal onde passou a ser denominado PLC 122 de 2006. No Senado o projeto tramitou pela Comissão de Assuntos Sociais (CAS) onde tramitou até 2009 e pela Comissão de Direitos Humanos (CDH) onde o está parado desde 2012. A relatora na CDH modificou o texto para não se aplicar às manifestações em cultos religiosos, isso como tentativa de negociação com religiosos para a aprovação do projeto, todavia, ao final da legislatura de 2014 o projeto fora arquivado e assim permanece.

Voltando ao Programa Brasil Sem Homofobia, este tinha ainda como objetivo a realização da I Conferência Nacional de Políticas Públicas LGBT prevista para ocorrer em 2008.

Em tal conferência foram aprovadas 559 deliberações, sendo que 37 eram referentes ao Trabalho e Emprego, que por sua vez era um dos 10 eixos temáticos. Essa Conferência gerou o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT (2009), cujo objetivo era orientar a construção de políticas públicas de inclusão e combate às desigualdades para a população LGBT primando pela intersetorialidade e transversalidade (BRASIL, 2009). Este plano tinha 51 diretrizes e 180 ações, sendo 10 ações para o Ministério do Trabalho e Emprego.

Entre os princípios basilares do Plano o trabalho aparece como manifestação dos direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal. Entre as diretrizes verifica-se o “Cumprimento das orientações do Repertório de Recomendações Práticas da OIT sobre HIV/Aids e não discriminação por orientação sexual e identidade de gênero no mundo do trabalho” (BRASIL, 2009, p. 18). No Eixo Estratégico I, na Estratégia 2 – Formação de atores no tema LGBT, aparecem 5 ações, das quais destacam-se: a) buscar instrumentos para profissionalização LGBT; b) estímulo ao acesso de jovens LGBT de baixa renda nas ofertas de estágio remunerado; c) apoio à capacitação profissional para LGBT como foco em travestis e transexuais, e d) apoio a inclusão de jovens LGBT nos programas governamentais de capacitação para o trabalho.

Quanto à estratégia 3 – Defesa e proteção dos direitos da população LGBT tem-se como destaque a ação que busca inserir representantes LGBT nas instâncias de formulação e gestão das políticas de combate ao trabalho escravo ou degradante. Quanto ao Eixo Estratégico II, na Estratégia 1 – Integração da política de promoção da cidadania e defesa dos Direitos Humanos LGBT com as demais políticas públicas nacionais, destaca-se o incentivo por meio do antigo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), da inserção na relação do público-alvo do Programa Nacional de Qualificação Profissional (PNQ/MTE) da população LGBT.

Com relação à identidade de gênero, o Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos LGBT prevê entre os objetivos específicos o combate ao estigma e à discriminação por orientação sexual e identidade de gênero. Entre os princípios aparece o direito à cidadania (inciso II do art. 1º da CF/88). Entre as diretrizes aparece a garantia de universalidade e pluralismo, bem como o combate às discriminações por identidade de gênero ou orientação sexual, a diferenciação entre homofobia e transfobia, a ampliação dos conceitos de família para receber identidade de gênero e orientação sexual, a inserção da temática e garantia de acesso e permanência na educação pública para reconhecimento da diversidade sexual e de gênero, além das proposições de alterações legislativas e normativas que garantam os direitos fundamentais da(o)s cidadã(o)s LGBT.

Em relação às ações previstas, muitas se relacionam com a identidade de gênero, todavia, destaca-se “Garantir apoio ao PL nº 2976/2008 referente à troca do prenome das travestis” e “Apoiar (articular com vistas à aprovação) iniciativas legislativas que tramitam no Congresso Nacional as quais dispõem sobre os direitos da população LGBT, buscando equiparação dos direitos já garantidos aos heterossexuais” (BRASIL, 2009, p. 38) previstas na Estratégia 4 – Articulação com outros poderes, do Eixo II.

No ano de 2010, por meio do Decreto nº 7.388, criou-se o Conselho Nacional de Combate à Discriminação e Promoção dos Direitos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais (CNCD/LGBT). O conselho é um órgão que une sociedade civil e Estado na verificação da efetivação das políticas e ações públicas, atuando como espaço de articulação e controle social. Em 2011 aconteceu a II Conferência Nacional de Políticas Públicas e Direitos Humanos LGBT, que por sua vez não se tornou um Plano Nacional como o anterior. A Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República produziu um documento com os anais dessa Conferência. Nele constata-se que os temas foram divididos 15 eixos, onde cada um tinha em média 5 diretrizes. Um desses eixos é intitulado “Trabalho, Geração de Renda e Previdência” (BRASIL, 2011, p. 124) com cinco diretrizes, onde 2 são referentes à previdência.

Das 5 diretrizes presentes nos Anais da Conferência mencionada, as demandas que envolvem trabalho, emprego e renda apontam para: I) implementação de um sistema de inserção no trabalho, emprego e renda à população LGBT; II) promoção de apoio a realização de cursos de capacitação visando a inserção de LGBT no mercado de trabalho formal e regulamentação da prostituição; III) implantação e ampliação de políticas de combate ao preconceito, assédio moral e discriminação de LGBT no ambiente de trabalho. Com relação ao direito à identidade de gênero, o eixo “Sistemas de justiça, segurança pública e combate à violência” prevê em sua 3ª diretriz o apoio

[...] a aprovação de projetos de emendas constitucionais e de lei que garantam a cidadania LGBT e o respeito às identidades e expressões de gênero, afirmem a plena cidadania e a igualdade de direitos humanos para a população LGBT, e que criminalizem atos de violência motivados por preconceito e discriminação em razão da orientação sexual e de identidades de gênero, alterando a legislação. (BRASIL, 2011, p. 119).

A partir de 2013, a pauta de identidade de gênero, voltada ao reconhecimento do gênero autoatribuído por pessoas travestis e transexuais, retorna à cena na arena política. O Deputado Jean Wyllys e a Deputada Érika Kokay propõem o PL 5002/2013, a Lei de Identidade de Gênero, apelidada de Lei João W. Nery, em homenagem ao primeiro homem transexual do Brasil. Essa proposta buscava reconhecer o direito à identidade de gênero, ao livre desenvolvimento conforme essa identidade, e da pessoa ser tratada em acordo à sua identidade de gênero especialmente em instrumentos de registro de identidade pessoal que constam prenome, imagem e sexo.

A proposta estabelece os requisitos para retificação registral e numa perspectiva despatologizante enfatiza que não serão requisitos as intervenções cirúrgicas, terapias hormonais, quaisquer diagnósticos psicológico ou médico, tampouco autorização judicial, privilegiando a liberdade pessoal de determinar sua auto identificação. Assim como os outros Projetos de Lei, esse não logrou sucesso em aprovação.

Nesse contexto, órgãos públicos da administração direta e indiretas, através das

demandas do Movimento LGBT, começaram a instrumentalizar o direito ao nome social através de mecanismos internos (resoluções, portarias, etc.), como as Universidades Federais e o Sistema Único de Saúde (SUS). Essa é uma estratégia precária de direitos, tendo em vista que não altera o registro de identidade da pessoa, todavia, naquele espaço, possibilitava o respeito ao nome de identificação da pessoa trans. Isso culmina na 3ª Conferência Nacional LGBT, realizada pouco antes do impedimento da então presidenta Dilma Rousseff, quando esta, por meio do Decreto nº 8.727, de 28 de abril de 2016, reconheceu a utilização do nome social para pessoas trans no âmbito da administração pública direta, autárquica e fundacional. Os resultados dessa conferência também não se materializaram em forma de Plano Nacional de Políticas Públicas.

Michel Temer assume a Presidência em 2016 e sua primeira medida provisória (726/2016) trazia uma reforma administrativa que reduzia de 32 para 23 o número de ministérios sob o argumento de “corte de gastos”, entre os extintos estava o Ministério das Mulheres, da Igualdade Racial, da Juventude e dos Direitos Humanos, criado no governo Dilma, e onde encontravam-se estruturadas as políticas voltadas ao público LGBT (BRASIL, 2016). As questões do antigo ministério foram passadas para a Secretaria Especial de Direitos Humanos, nas dependências do Ministério da Justiça. Após a reforma em maio, em junho o governo publicou um Decreto transferindo as dotações orçamentárias do extinto ministério para a Presidência da República. Devido as projeções negativas e pressão de movimentos sociais, em 2017 criou-se o Ministério de Direitos Humanos através da Medida Provisória nº 768, que não trouxe qualquer menção à questão orçamentária, nem mesmo no sentido de reabilitar o antigo orçamento. Não houve implementação de novas políticas públicas apesar da então recente 3ª Conferência Nacional.

O atual Governo Bolsonaro, reconhecido por suas posturas conservadoras e anti-LGBT, realizou nova reorganização dos ministérios por meio da Medida Provisória n.870, que foi convertida na Lei nº 13.844 de 18 de junho de 2019, prevendo a criação do Ministério da Mulher, da Família e Direitos Humanos, todavia, retirou a população LGBT das áreas de competência do novel Ministério, ou seja, na criação de políticas e diretrizes na promoção dos Direitos Humanos. O Decreto n. 9759, de 11 de abril de 2019, por sua vez, adveio para extinguir e estabelecer diretrizes para colegiados da administração pública federal que foram instituídos por decreto, ato normativo inferior ao decreto ou ato de outro colegiado. Entre os conselhos extintos encontra-se o CNCD-LGBT (Conselho Nacional de Combate à Discriminação LGBT).

Considerando, portanto, todo contexto delineado acima e se aproximando dos direitos LGBT conquistados, ou seja, que não lograram êxito na política majoritária, a definição da questão da identidade de gênero recai ao Poder Judiciário por intermédio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275 – DF que foi julgada em 2018, apesar de protocolada em 2013. Ressalte-se que o Supremo Tribunal Federal já havia reconhecido anteriormente a constitucionalidade das uniões estáveis formadas a partir de casais de mesmo sexo (2011).

Através da judicialização do direito à identidade de gênero, o STF reconheceu o direito ao nome, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à liberdade pessoal, à honra e à dignidade,

pontuando a inexigibilidade de cirurgia de transgenitalização ou realização de tratamentos hormonais ou patologizantes. A decisão apontou ainda que o direito à igualdade sem discriminações abrange à identificação auto atribuída, dado que é uma manifestação da personalidade humana, cabendo ao Estado apenas reconhecê-la, considerando-a como um direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e gênero no registro civil e ao livre desenvolvimento da personalidade (BRASIL, 2018).

Por fim, a última judicialização que veio a alterar significativamente o rol de direitos conquistados pela comunidade LGBT refere-se à criminalização da homofobia, que conforme mencionado, fora objeto de Projetos de Lei infrutíferos e também integrou as diretrizes e ações das Políticas Públicas gestadas nos governos petistas. A Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26 – DF buscava obter a criminalização específica de todas formas de homofobia e transfobia, enfatizando as ofensas, homicídios, agressões e discriminações motivadas por orientação sexual e/ou identidade de gênero. O Supremo, por sua vez, reconheceu parcialmente a ADO, julgando-a procedente, com eficácia geral e efeito vinculante.

Assim sendo, reconheceu a mora inconstitucional do Congresso Nacional em cumprir com a prestação legislativa para proteção penal às pessoas LGBT e declarou a omissão normativa inconstitucional do Poder Legislativo da União. Utilizam-se da interpretação conforme à Constituição, que através dos mandados constitucionais de incriminação dos incisos “XLI - a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais” e “XLII - a prática do racismo constitui crime inafiançável e imprescritível, sujeito à pena de reclusão, nos termos da lei” (BRASIL, 1988), enquadraram a homofobia e transfobia nos diversos tipos penais previstos na Lei nº 7.716/89 (Lei que define crimes raciais), até que sobrevenha legislação autônoma.

Há que se ressaltar que a criminalização surte efeitos diretos no âmbito do direito ao trabalho, objeto desse estudo. Nesse sentido, as práticas homotransfóbicas serão qualificadas como espécies do gênero racismo, na dimensão de racismo social consagrada no Caso Ellwanger⁴ pelo STF. Assim, as condutas homofóbicas e transfóbicas serão ajustadas aos preceitos de incriminação racial da lei referida, constituindo também as hipóteses de homicídio doloso, circunstância que o qualifica por motivo torpe.

Todavia, há que se mencionar que a repressão penal da homo-transfobia não alcança, restringe ou limita o exercício da liberdade religiosa, desde que tais manifestações não configurem discurso de ódio, assim entendidas aquelas exteriorizações que incitem a discriminação, a hostilidade ou violência contra pessoas por sua orientação sexual ou identidade de gênero. Essa questão é interessante para se pensar as negociações e conciliações, típicas da política majoritária pós CF/88, além de deixar um evidente tensionamento e disputa de poder entre as expressões do

4. O Caso Ellwanger se refere ao Habeas Corpus nº 82.424, julgado em 2004, oportunidade em que o Supremo Tribunal Federal construiu e firmou a definição jurídico-constitucional do termo racismo. Para ver mais: http://www2.stf.jus.br/portalStfInternacional/cms/verConteudo.php?sigla=portalStfJurisprudencia_pt_br&idConteudo=185077&modo=cms.

fundamentalismo religioso que têm maiores inserções nos poderes políticos, mas também no Poder Judiciário.

Dadas as significâncias que essa decisão possui, os setores conservadores reagiram à criminalização da homofobia e transfobia. No Congresso Nacional, a Deputada Bia Kicis (PSL) propôs o PL 4075/2019 com objetivo a vedar a tipificação de conduta ou a criação de tipo penal, por decisão na ação direta de inconstitucionalidade (ADI), ação declaratória de constitucionalidade (ADC) e na ação direta de inconstitucionalidade por omissão (ADO), sendo que em tese e constitucionalmente, essa vedação já existe. Todavia, as discussões acerca da criminalização da homofobia/transfobia estão além da discussão de uma norma descontextualizada da realidade social.

Este tópico buscou evidenciar os percursos dos direitos e políticas da população trans (travestis e transexuais), sobretudo o direito à identidade de gênero e as políticas de trabalho, no Brasil. Observa-se que as demandas LGBT incidem significativamente nas dinâmicas da democracia e dos poderes da República. Nesse contexto, verificam-se disputas no campo legislativo, as políticas públicas com o caráter de políticas de governo considerando as alterações quando sobrevêm o novo governo, e a judicialização como estratégia de se ver os direitos reconhecidos no âmbito da Jurisdição Constitucional. Assim sendo, este tópico cumpriu os objetivos de mapear as políticas públicas de trabalho e de verificar a trajetória de disputa pelo direito à identidade de gênero. O tópico a seguir buscará analisar esses processos, buscando avaliar os benefícios, limites e possibilidades da cidadania conquistada.

PROBLEMATIZANDO O CONTEXTO: CONTRIBUIÇÕES PARA A GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL PARA PESSOAS TRANS

Este tópico tem a finalidade de, a partir do mapeamento crítico exposto no tópico anterior, os percursos dos direitos – sobretudo identidade de gênero –, e políticas públicas de trabalho voltadas à população de travestis e transexuais no Brasil, apontar os óbices para garantia do mínimo existencial e concretização de uma cidadania plena.

A população trans no Brasil se constitui como uma das mais vulneráveis, e apesar disso, uma das maiores dificuldades que se coloca é “a ausência de dados oficiais que não sejam sobre doenças sexualmente transmissíveis (DSTs), tais como presença ou evasão escolar, taxa de desemprego, entre outros” (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 306). Todavia, há alguns dados levantados por estudos e pesquisas acadêmicas, bem como por organizações de militância e ativismo.

A Rede Nacional de Pessoas Trans do Brasil publicou no ano de 2019 o dossiê “Diálogos Sobre Viver Trans – Monitoramento: Assassinatos e Violação de Direitos Humanos de Pessoas Trans no Brasil”. Com o objetivo de demonstrar os dados que foram catalogados no ano de 2018, a metodologia utilizada se funda na contabilização de notícias em meios de comunicação com links e websites confiáveis, atentando que pode haver inconsistências nestes considerando que há

casos não notificados ou subnotificados. A pesquisa identifica que “Em 2018, 150 pessoas trans foram vítimas da transfobia no Brasil, em diversos espaços e das mais diferentes formas” (REDE TRANS BRASIL, 2019, p. 14). Aponta ainda que

Em relação à profissão das vítimas, obtemos o maior número de casos sem identificação da imprensa, mas se cruzarmos dos dados do local e a hora do crime, podemos acreditar que eram profissionais do sexo, mas para não inviabilizar o trabalho feito, preferimos manter como foi veiculado pela mídia. (REDE TRANS BRASIL, 2019, p. 18).

Ainda em relação à profissão, a pesquisa nota que em 92 casos a profissão não é identificada, seguidos de 38 casos de profissionais do sexo, e em 3º têm-se 7 cabelereiros/as. Com relação ao local do assassinato, 89 casos aconteceram em “via pública” (59,33%), seguidos de 26 casos na residência da própria vítima (17,33%). Em relação à causa da morte, “em sua maioria o assassinato ocorre por meio de tiros de arma de fogo (71 casos), seguido por facadas 33 casos e espancamento com 10 casos” (REDE TRANS BRASIL, 2019, p. 20). Segundo os dados da Organização Não-Governamental “TransgenderEurope (TGEU)”, o Brasil é o país onde mais se mata, em números absolutos, a população trans em todo globo. Conforme apuração, em 2018 ocorreram 369 casos de homicídios, sendo que 167 aconteceram somente no Brasil, seguido do México com 71 e Estados Unidos com 28. Acrescenta-se, ainda,

Os dados da ONG “TransgenderEurope” apontam que, entre 2008 e 2014, foram reportados 689 assassinatos no Brasil; o México, segundo colocado, reportou 194 (TGEU, 2015). Estima-se, ainda, que a expectativa de vida atual de pessoas trans seja de 35 anos (próxima àquela dos brasileiros não escravizados em 1880), enquanto para o restante da população é de 74 anos (mais que o dobro) (LUCON, 2015; BRASIL, 2012). Além de estarem submetidas à violência, as pessoas trans também se encontram em grande vulnerabilidade social, sendo que a maior parte da população é analfabeta ou semianalfabeta. (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 306).

Dias e Bernardineli (2016, p. 244) salientam a pessoa trans tem que “lidar com a rejeição social, preconceito e discriminação, que ocorre em diversas áreas da vida, sendo que o no ambiente de trabalho e processos seletivos para contratação mostra-se ainda mais gritante”. Assim, “enfaticamente no momento da contratação, o empregador mesmo que indiretamente, elimina o possível candidato transexual à vaga, em decorrência da sua aparência e também pelo nome não condizer com sua aparência física”. Nesse caminho,

[...] o transexual habitualmente é direcionado a realização de serviços desvalorizados, enredando inclusive pela prostituição e subempregos, com o

único fim de manter a subsistência, o que é intensificado pela falta de oportunidades de estudos desde a tenra idade, e acaba por desencadear na falta de oportunidades também na vida adulta.

Um dos pontos cruciais para entender a questão se remete ao acesso à educação. Almeida e Vasconcellos (2018, p. 316) evidenciam que “a escolaridade também se configura como barreira de acesso da população trans ao mercado de trabalho. Isso porque, sem conseguir permanecer na escola, as pessoas trans muitas vezes não conseguem a qualificação necessária para concorrer às vagas de empregos”. A questão não se funda necessariamente na falta de acesso às educações básica e superior, mas sim à permanência nesse espaço, que considerando a discriminação e violência, travestis e transexuais evadem do contexto escolar, sendo essa uma evasão involuntária (ANDRADE, 2012). Dias e Bernardineli (2016, p. 252) acrescentam que “a dificuldade das pessoas trans em se inserirem no mercado de trabalho advém não só da falta de acesso aos estudos ou qualificação, mas principalmente da aparência e condição de transgeneridade”.

Almeida e Vasconcellos (2018) buscaram entender no cenário de empregabilidade os elementos que se colocam como barreiras à população trans no acesso ao mercado de trabalho utilizando-se de entrevistas com entidades, organizações, instituições, órgãos e grupos que atuam em São Paulo. Identificam que além da I) baixa escolaridade e evasão escolar, tem-se II) a linguagem corporal e verbal, na qual “transexuais com maior 'passabilidade', ou seja, que consigam performar seu gênero de forma mais semelhante à performance de pessoas cisgêneras, venham a ter maior facilidade de acesso ao mercado de trabalho” (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 319), além do III) uso de banheiro, vestiário e uniforme, considerando que “outra forma de negação da identidade de gênero das pessoas trans refere-se aos impedimentos de utilizarem banheiros, vestiário ou uniforme em conformidade com sua identidade de gênero” (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 315). Além disso, identificaram a questão do IV) registro civil, que será a frente abordada enquanto direito à identidade de gênero, e por fim, V) preconceito e transfobia.

Sem dúvidas, as pessoas trans “simplesmente seguem suas vidas no contrafluxo do pertencimento de gênero que foi imposto a elas no momento em que nasceram, sem se autoidentificarem a nenhuma destas categorias” (ALMEIDA, 2015, p. 2). Essas construções sociais rígidas, assimétricas e hierárquicas de gênero e sexualidade são determinantes para além da subjetividade dos sujeitos, atravessando determinantes sociais, políticas e culturais diversas. Nesse sentido,

As trajetórias de vida de mulheres e homens transexuais constituem a síntese absolutamente singular de suas inserções de classe social, de gênero e “raciais”, bem como de suas características culturais, etárias, de suas carreiras sexuais, entre outras. Como sugere Safiotti (1992, p. 191), somente as “análises

concretas de fatos reais poderão mostrar como as vivências humanas apresentam um colorido de classe e um colorido de gênero” e que estas dimensões são, portanto, inseparáveis. Em direção semelhante, o sociólogo Adalberto Cardoso (2013, p. 132) demonstrou, a partir de dados sobre o mercado de trabalho brasileiro, que, nele, “ser homem traz vantagens duráveis e positivas, em relação a ser mulher” e “a cor não branca traz desvantagens relativas duráveis, embora bem menos intensas do que os indicadores anteriores. (ALMEIDA; PILAR; GEBRATH, 2014, p. 190/191)

As relações de trabalho integram, de maneira articulada, o contexto da vida social, quando se conjugam, considerando a pessoa (corpo e subjetividade), as construções sociais e culturais, as regulações estatais, o poder econômico, o poder religioso e movimentos sociais. Por isso a necessidade de se compreender as questões em perspectivas totais, sistêmica e interseccionada, considerando que “os efeitos nocivos dos preconceitos e discriminações consubstanciados pelas ideologias sexista, patriarcal e pelo dominação-exploração capitalista que normatizam a sexualidade e o gênero como uma unidade” (MARINHO, 2018, p. 604). Marinho (2018, p. 607) acrescenta que, “sob essas ideologias, o corpo trans, seja ele assumindo uma gramática corporal masculina ou feminina, por escapar dos padrões de gênero que incidem também sobre a sexualidade e por afrontarem o patriarcado (o status quo da dominação-exploração masculina) sofre transfobia”. Assim,

[...] podemos imaginar que os indivíduos menos “à vontade”, os mais fisicamente “encurralados”, “bloqueados”, “reprimidos” tanto na expressão real como simbólica do corpo, são aqueles que as relações de trabalho expõem à agressividade mais direta, enquanto a profissão lhes proíbe manifestar, em troca, a menor agressividade... Essas categorias interiorizariam seu mal-estar social e mal-estar físico (LE BRETON, 2007, p. 87).

Além disso, “o fato da divisão sociotécnica do trabalho ser, antes de tudo, sexual, aqueles que põe o gênero que lhes foi imposto ao nascerem em discussão têm maior dificuldade nas atividades profissionais que, em geral, são bastante generificadas” (ALMEIDA; PILAR; GEBRATH, 2014, p. 192). Acontece que “a fronteira entre a homossexualidade, a travestilidade e a transexualidade é bastante borrada”, e, portanto, compreende-se que as pessoas LGBT, para o entendimento social, transgridem tanto às barreiras do gênero, quanto da sexualidade.

Marinho (2016, p. 7) salienta que o trabalho possui significados para existência humana, dado que é fonte de satisfação de necessidades para sobrevivência, entendendo que as tendências do capital na contemporaneidade “passou a criar estratégias para lograr a força de trabalho por meio de postos de trabalho precarizados, desregulamentados e flexibilizados”. Nisso, chega-se a

outro fator gerado pela transfobia no campo das relações de trabalho, que é a informalidade. Em decorrência dessas transgressões e discordâncias das normas do gênero e da sexualidade, muitas vezes as pessoas LGBT são jogadas para o campo da informalidade, que entre seus efeitos tem a “desproteção nos termos da seguridade social brasileira (perda de direitos previdenciários e trabalhistas)” (ALMEIDA; PILAR; GEBRATH, 2014, p. 193).

Nesse sentido, observa-se que no Brasil, apesar de o trabalho ser considerado um direito social, o emprego formal não faz parte da vida da população trans. Estima-se que em torno de 90% das mulheres travestis e transexuais se prostituam, apesar de não haver dados oficiais, consistindo a prostituição fonte de renda para quem “não conquistou outros espaços” (REIDEL, 2013, p. 74-5). Também os homens trans têm dificuldades para se inserir no mercado de trabalho formal. (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 307).

Considerando, portanto, o cenário delineado acima, compreende-se a responsabilidade do Estado em promover, conforme a Constituição Federal de 1988, os mandamentos de combate às desigualdades e às violências – compreendendo as violências e discriminações –, além da promoção da justiça social por meio das garantias de direitos sociais, passa-se a avaliar as políticas públicas voltadas à promoção do trabalho para pessoas trans, bem como do direito à identidade de gênero. Nesse sentido, a respeito das políticas públicas, importante resgatar Mello, Avelar e Maroja (2012):

A formulação de políticas públicas deve ser compreendida, então, nos termos de Souza, como o processo por meio do qual “os governos traduzem seus propósitos em programas e ações, que produzirão resultados ou as mudanças desejadas no mundo real” (2003b, p. 13), possuindo impactos no curto prazo, mas tendo como horizonte temporal primordial o longo prazo. (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 291).

Em países de frágil tradição democrática, como o Brasil, umas das dificuldades encontradas pelo Estado é a criação de políticas públicas efetivas no que tange o desenvolvimento social a partir da promoção de inclusão de grupos marginalizados, onde Mello, Avelar e Maroja (2012, p. 291) apontam que

Nesse contexto, as políticas públicas deveriam ser globais, em três sentidos: a) por dizerem respeito ao Estado, e não apenas ao governo; b) por não deverem se restringir ao período de um único governo; e c) por necessariamente contar, em sua elaboração, com a participação do conjunto da sociedade

civil, incluindo ONGs, empresas, igrejas, academia, mídia, etc. (OBSERVATÓRIO, 2004), constituindo aquilo que Frey (2000) chama de *policy network*. Nessa perspectiva, “o objetivo de toda política pública é a consagração do Estado de direito, a democracia e a extensão do gozo dos direitos humanos civis, culturais, econômicos, políticos e sociais [...]”

Assim, em relação ao Programa Brasil Sem Homofobia, acima tratado, constata-se que este se refere apenas às questões de não discriminação no ambiente de trabalho, que por sua vez é uma ação do referido plano (VII), o que de acordo com relatório supracitado “o programa não traz definições precisas sobre como serão efetivadas as iniciativas de combate à discriminação no trabalho” (IRINEU et al., 2010, p. 177). Além disso, as referências ao trabalho no BSH “se restringem à realidade de BTLG que atuam profissionalmente no campo da formalidade. O programa não problematiza questões, por exemplo, como a profissionalização da prostituição” (IRINEU et al., 2010, p. 179).

Percebe-se também que quando comparado com propostas de saúde e educação, as políticas de trabalho estão em segundo plano, e isso se repete durante toda trajetória de políticas públicas gestadas nos governos petistas. A respeito da previsão orçamentária do BSH, que desempenha papel fundamental na efetividade e cumprimento das ações,

Mesmo que a criação deste programa tenha tido um grande significado, a forma como o governo federal conduziu o processo de implementação foi problemática, como baixa previsão orçamentária, pequena quantidade de técnicos vinculados ao programa e ações que se alocaram muito mais sob a responsabilidade do movimento social do que Poder Executivo (IRINEU et al., 2010, p. 176).

Indo um pouco além do BSH, os Anais da I Conferência Nacional LGBT, que geraram o I Plano Nacional de Políticas Públicas LGBT, indicam a preocupação com a formação profissional de LGBT, tratam da regulamentação de profissionais do sexo e reiteram as demandas elencadas no BSH. Entretanto, “O 'Plano Nacional LGBT' sequer chegou a ser instituído pelo governo na forma de decreto ou portaria, reproduzindo a inexistência formal que também caracteriza o “Brasil sem Homofobia” (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 301). Nesse sentido,

Em linhas gerais, portanto, o “Plano Nacional LGBT” apresenta um total de ações que corresponde ao triplo das previstas no “Brasil sem Homofobia” (60) – e a pouco menos de 1/3 das propostas aprovadas na Conferência Nacional LGBT (559) –, além de envolver número expressivamente maior de ministérios

e secretarias do Governo Federal (oito, no âmbito do BSH, e 18, na esfera do “Plano Nacional LGBT”). Além disso, uma diferença importante consiste no fato de que o Plano especifica os órgãos responsáveis pela implementação de cada ação, bem como estabelece prazos para sua execução. Essa definição de prazos, porém, não deve ser vista como rígida, dada a ausência de qualquer mecanismo coercitivo no caso de descumprimento. (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 302).

Além disso, a implementação das ações previstas no Plano contou com incertezas orçamentárias, pois não havia “origem dos recursos orçamentários necessários, considerando a inexistência de previsão legal e a dificuldade de utilização dos recursos decorrentes de emendas de parlamentares” (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 303).

Os Anais da II Conferência Nacional LGBT, que compilaram as deliberações da mencionada Conferência, sequer se tornaram um Plano Nacional de Políticas Públicas, como ocorreu na I Conferência que gerou o I Plano de Políticas Públicas para a população LGBT, já tratado. Nesse sentido, o documento serviu apenas como direcionamento para o Poder Executivo na elaboração de outras políticas, não cabendo aqui avaliação e conhecimento das ações se não houve vontade política de implementar um plano de ações.

A primeira diretriz presente nos Anais da II Conferência Nacional LGBT menciona emprego e renda, não priorizando apenas o trabalho. Além disso, dá como possível solução para a inserção de LGBT no mercado de trabalho a criação de campanhas e incentivos a empresas e organizações que adotarem políticas afirmativas. A segunda e terceira diretrizes só se referem às políticas de trabalho e também não abordam a forma de execução da proposta, apesar de mencionarem questões pertinentes como a regulamentação da prostituição e o mercado de trabalho informal. Com isso tem-se o cenário das políticas públicas LGBT nos governos petistas.

Com a entrada de Michel Temer tem-se o início de desmonte das políticas públicas de direitos humanos e aprovação de reforma trabalhista que flexibiliza a proteção aos trabalhadores. Importante ressaltar que antes do impedimento de Dilma houve a 3ª Conferência Nacional LGBT, como anteriormente mencionado, que não se tornou nem mesmo documento de diretrizes para o governo, quiçá um Plano de políticas. No atual governo Bolsonaro, o desmonte continua e atinge até mesmo os Conselhos das diversas temáticas de Direitos Humanos, incluindo LGBT, além de uma reforma da previdência que atinge diretamente a vida de trabalhadores/as ativos, como também já ressaltado nesse estudo. Assim, não há que se falar em política pública voltadas à população LGBT desde 2016.

Em todo esse cenário delineado, considerando que desde 1995 os movimentos sociais LGBT se inserem efetivamente na política majoritária demandando respostas legislativas, executivas e judiciárias, um de seus maiores enfrentamentos quanto à implementação de políticas públicas ou reconhecimento de direitos perpassam o nomeado “fundamentalismo religioso”. A

atuação moralizante com base em leituras ortodoxas do texto bíblico tem sido objeto de estudos de diversas/os autoras/es. Lionço (2017, p. 209) aponta que “uma das forças de oposição contemporânea aos ideais democráticos é o fundamentalismo religioso, que alega que os ideais iluministas e a conseqüente secularização da sociedade decorreram em prejuízos morais e afrontas a preceitos de fé que organizavam a vida social”.

Assim, “o fundamentalismo religioso em suas variadas nuances contingenciais encontra como eixo estruturante a ofensiva contra direitos adquiridos pela luta política das mulheres e de minorias sexuais tais como homossexuais, travestis, transexuais e profissionais do sexo [...]”. Irineu (2014, p. 168) avalia que “o recrudescimento do conservadorismo, frente às demandas dos movimentos que lutam pela inserção de pauta dos direitos sexuais e reprodutivos, caminha paralelo às conquistas destes grupos no campo da cidadania”. Nesse sentido,

Em particular, no que diz respeito às políticas públicas no campo da sexualidade, convém ainda destacar que elas são permeadas de peculiaridades, já que o ponto de partida para sua formulação e implementação é basicamente a necessidade de mudança de crenças, valores e tradições há muito prevalecentes no imaginário coletivo. (MELLO; AVELAR; MAROJA, 2012, p. 294).

Conforme pode ser observado, as políticas públicas no campo da sexualidade, e também do gênero, geram um tensionamento com crenças, valores e tradições. No contexto brasileiro, há a presença do que Prado e Correa (2018) nomearam “cruzada antigênero”, onde se atores políticos conservadores têm recorrido ao termo “ideologia de gênero” como resposta às alterações das estruturas familiares e reformas legais dos direitos reprodutivos e sexuais de mulheres e população LGBT. No Brasil não há nenhuma legislação aprovada acerca dos direitos LGBT dadas as resistências e moralidades permeadas no espaço público, o que contribui para o cenário precarizado de políticas públicas voltadas à satisfação dos direitos sociais, bem como à judicialização dos direitos civis visando o reconhecimento por parte do Poder Judiciário a inconstitucionalidade dos direitos da população LGBT.

As problemáticas envolvendo a identidade de gênero podem da mesma forma serem apontadas como óbices à inserção dessa parcela da população ao mercado de trabalho. Como abordado em item anterior, no ano de 2018, por meio da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.275, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a todos/as cidadã(o)s trans o direito a alteração do prenome e do sexo no registro civil. Tal decisão, apesar de recente e considerando as dificuldades da população transexual de acesso à justiça – mesmo que cartorial –, tende a contribuir para alteração da realidade de subjugação transexual, considerando que “a dificuldade de alteração, por meio judicial, do registro civil, bem como a exigência deste e do certificado de reservista [...], dificultam a inserção dessa população no mercado de trabalho” (ALMEIDA; VASCONCELLOS, 2018, p. 315).

Carboni (2018, p. 220) esclarece que “O nome deve ser entendido como a designação da

personalidade, mas a personalidade, forma pelo qual o indivíduo aparece na ordem jurídica, é um complexo de direitos, e não um só direito”. Aponta a autora que “sendo o nome uma necessidade de todo ser, o transexual tem o direito de postular a alteração de seu prenome e não pode ser privado do direito ao nome”. Nesse sentido,

Os transexuais deixam de usar o seu verdadeiro prenome como forma de autoproteção, porque são expostos a situações vexatórias em razão de não estarem de acordo com sua aparência [...]. As dificuldades que se concentram na tradução da aparência (na documentação ordinária) dificultam a inserção laboral e social, causando aos transexuais sérias desordens psicológicas, sociológicas e econômicas que culminam em sua exclusão e podem leva-los ao terreno da prostituição.

Todo esse contexto, que inclui disputas legislativas infrutíferas dadas as resistências morais na política majoritária, políticas públicas descontínuas, como nenhuma ou baixas previsões orçamentárias, e as conseqüentes judicializações, chamando o Poder Judiciário a se pronunciar sobre a constitucionalidade dos direitos LGBT, tem resultado numa cidadania precária, que segundo Bento (2014, p. 167),

A cidadania precária representa uma dupla negação: nega a condição humana e de cidadão/cidadã de sujeitos que carregam no corpo determinadas marcas. Essa dupla negação está historicamente assentada nos corpos das mulheres, dos/as negros/as, das lésbicas, dos gays e das pessoas trans (travestis, transexuais e transgêneros). Para adentrar a categoria de humano e de cidadão/cidadã, cada um desses corpos teve que se construir como “corpo político”. No entanto, o reconhecimento político, econômico e social foi (e continua sendo) lento e descontínuo.

Rios e Silva (2017, p. 45) chamam atenção para compreensão da “discriminação interseccional” para se referirem a uma “compreensão da categoria jurídica da discriminação múltipla como fenômeno original, irreduzível e inassimilável ao somatório de diversos critérios proibidos de discriminação de forma simultânea”, considerando que “o fenômeno discriminatório é múltiplo e complexo”. Os autores entendem que “em sociedades complexas, permeadas de níveis muito altos de desigualdade e exclusão, mostra-se imprescindível fazer todos os esforços para o enfrentamento da discriminação” (RIOS; SILVA, 2017, p. 48). No âmbito trabalhista “existe legislação sobre a proteção contra práticas discriminatórias interseccionais” que “possibilita abarcar tais realidades complexas” (RIOS; SILVA, 2017, p. 48). Nesse sentido,

A hipótese de despedida discriminatória no emprego contra mulheres negras idosas exemplifica a necessidade da abordagem interseccional. A incidência da legislação trabalhista antidiscriminatória e a sua interpretação poderiam ser enfraquecidas por uma defesa do empregador que invisibilizasse as intersecções de gênero, raça e idade, na medida em que se afirmasse que, por empregar mulheres, negras e pessoas idosas, não faria sentido a denúncia da discriminação contra mulheres negras idosas. Contudo, a percepção das intersecções discriminatórias desnudaria tal justificativa, deixando claro que mulheres negras idosas são discriminadas em virtude da intersecção dessas características, o que não aconteceria diante mulheres brancas idosas e de mulheres negras jovens. (RIOS; SILVA, 2017, p. 48).

Rios e Silva (2017) corroboram com a visão que este texto defende, a intersecção entre os próprios direitos (civil, trabalho e constitucional, por exemplo), que se interacionam com as políticas públicas que devem ser universais e transversais, que por sua vez responderão a uma sociedade que se organiza de forma complexa e a partir de diversos marcadores sociais da diferença (classe, gênero, sexualidade, idade, regionalidade, raça/etnia, etc.). Uma realidade complexa que se funda nas hierarquias e assimetrias de poder advindas historicamente das posições e lugares delimitados a partir das marcas do corpo. O poder público necessita compreender que as relações de poder e dominação se constituem de forma interseccionada, e, portanto, para um enfrentamento efetivo, há que se desenvolver uma política que articule políticas públicas, direitos e leve em consideração os diversos marcadores de poder no corpo dos/as sujeitos de direitos. Nesse sentido,

O desenvolvimento de uma dogmática adequada do direito antidiscriminatório, objetivando a proteção jurídica coletiva de grupos minoritários, reclama que se consolide uma compreensão dos direitos coletivos além do já assentado legislativamente nos domínios do direito do consumidor. De outro modo, haverá uma proteção deficitária de direitos humanos e fundamentais cujo reconhecimento e exercício, por parte de grupos discriminados, não pode ser dar senão de maneira transindividual.

Reforçando tudo o que foi exposto até aqui, Corrêa e Petchesky (1996, p. 159) apontam também os obstáculos que o exercício dos direitos sexuais e reprodutivos enfrentam em sua trajetória. Entre eles estão os fundamentalistas religiosos, bem como as condições sociais, econômicas e culturais. Nesse sentido,

Direitos envolvem não somente liberdades pessoais (domínio em que os governantes não deveriam interferir), mas igualmente obrigações sociais

(domínio em que uma ação pública efetiva é necessária para garantir que os direitos serão exercidos por todos e todas). Eles implicam necessariamente responsabilidades públicas e uma renovada ênfase nas relações entre bem-estar pessoal e público, incluindo o apoio público para a promoção da igualdade de gêneros em todos os domínios da vida.

Nesse sentido, as autoras apontam que “no modelo liberal clássico – que supõe as escolhas e barganhas individuais como sendo potencialmente iguais – as diferenças de condição econômica, raça, gênero ou outra circunstância social que estruturam os limites de escolha das pessoas são tornadas invisíveis” (CORRÊA; PETCHESKY, 1996, p. 154). Portanto, há que se priorizar por perspectivas de direito que tendem a sair do lugar comum de uma justiça ineficiente. Rios e Silva (2017, p. 44) destacam

[...] o direito da igualdade, cuja compreensão não pode se limitar às tradicionais dimensões formal (todos são iguais perante a lei) e matéria (tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade). É preciso ter claro que o conteúdo jurídico e político da igualdade requer superar situações de subordinação, enfrentando “cidadanias de segunda classe”.

Jose Afonso da Silva (1988, p. 93) entende que a dignidade da pessoa humana “como fundamento do Estado Democrático de Direito, reclama condições mínimas de existência, existência digna conforme os ditames da justiça social como fim da ordem econômica”. Sarmiento (2016, p. 1647), por sua vez, aponta a existência de uma cultura no sentido de se perceber que a “atuação estatal não corresponde propriamente à concretização de um direito fundamental, mas sim a um suposto benefício, concedido de modo paternalista por algum governante ou autoridade, cuja efetiva fruição dependa de relações pouco republicanas de clientela”.

Para Sarmiento (2016, p. 1647), se retira da Constituição de 1988 a garantia do mínimo existencial como direito fundamental, na qual “tal ideia provém não apenas da posituação dos direitos sociais no texto constitucional, como também da consagração do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado e da ordem jurídica brasileira”. Nesse sentido, “o mínimo existencial corresponde às condições materiais básicas para uma vida digna. Trata-se de um direito fundamental derivado diretamente do princípio da dignidade da pessoa humana, que também se manifesta em boa parte dos direitos fundamentais sociais positivados” (SARMENTO, 2016, p. 1659). Acrescenta o autor que,

Apesar do seu reconhecimento normativo, o mínimo existencial não é de fato assegurado a parcelas expressivas da população brasileira, que não desfrutam de acesso efetivo a bens e direitos essenciais para uma vida digna. Legiões de pessoas ainda vivem na mais absoluta miséria, expostas à insegurança

alimentar, sem acesso à moradia adequada, ao saneamento básico, à saúde e à educação de mínima qualidade. À margem das conquistas civilizatórias do Estado democrático de direito, ainda existe um “Brasil de baixo” – do qual nos falou Patativa do Assaré – em que a regra é a privação, e onde os direitos não são “para valer”. Além de acarretar injusto sofrimento às suas vítimas, esse quadro acaba também comprometendo a capacidade de tais pessoas de exercerem, de forma plena e consciente, os seus direitos civis e políticos. (SARMENTO, 2016, p. 1647).

Além disso,

A liberdade não deve ser concebida como a mera ausência de constrangimentos externos impostos pelo Estado à ação dos agentes, mas como a possibilidade real de cada pessoa concreta tomar decisões sobre a sua própria vida e de segui-las. [...] sem o atendimento de certas condições materiais básicas, se esvazia por completo a liberdade, pela inviabilidade de seu efetivo exercício no mundo real” (SARMENTO, 2016, p. 1649).

A população de travestis e transexuais no Brasil contemporâneo está subjugada a violências, discriminações e exclusões tanto no âmbito do Estado, que tem negado o reconhecimento de direitos por legislação e políticas públicas efetivas, quanto socialmente, por transgredir as barreiras estabelecidas para as expressões de gênero. Esse cenário tem fortalecido um cenário na contramão do “direito de acesso às necessidades materiais básicas da vida – o direito ao mínimo existencial –, que, na nossa ordem constitucional, constituiu um piso para a justiça social”, e essa não-garantia do mínimo existencial tem afetado “o pleno exercício das liberdades civis e da democracia” (SARMENTO, 2016, p. 1679).

O Poder Judiciário, por meio dos processos de judicialização, tem desempenhado importante papel seja na garantia do mínimo existencial, seja no reconhecimento dos direitos LGBT. Todavia, há que se perceber a capacidade institucional do Poder Judiciário, sendo que os poderes Executivo e Legislativo devem assumir suas funções para “criar ou alterar políticas públicas para garantir o mínimo existencial”. Além disso, “o mínimo existencial deve ser garantido pelo Estado e pela sociedade para todos, mas o foco prioritário tem de recair sobre os segmentos mais vulneráveis da população” (SARMENTO, 2016, p. 1679).

Por fim, esse tópico buscou avaliar as questões relacionadas aos percursos do direito à identidade de gênero e políticas públicas de trabalho, apontando seus limites e possibilidades, propugando, nesse sentido, pela garantia do mínimo existencial para a população trans no Brasil com fins a reverter o grande cenário de vulnerabilidades que essa população está subjugada.

CONCLUSÕES

A identidade de gênero não interfere na qualidade nem no resultado do trabalho de ninguém. Dê uma oportunidade a travestis e transexuais na sua empresa e ajude a acabar com o preconceito.

Valéria Rodrigues (2016)⁵

Este trabalho buscou analisar o processo de reconhecimento do direito à identidade de gênero e as ações públicas na promoção do direito ao trabalho para as pessoas trans. Identificou que as políticas públicas de trabalho para a população trans são marcadas por fragilidades como descontinuidade e falta de orçamento, enquanto que o direito à identidade de gênero fora reconhecido por via da judicialização, e ambos contextos se aproximam na medida em que há resistências morais e conservadoras da política majoritária no Poder Público.

Atualmente o Brasil é um dos países que mais matam Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais. A negação de direitos bem como a ineficiência das políticas públicas de qualquer natureza, tem causado um impacto profundo na comunidade LGBT, sobretudo, população de travestis e transexuais, que tem um perfil de baixa expectativa de vida e baixa escolaridade. No âmbito trabalhista, que é a garantia de subsistência na sociabilidade burguesa, têm sido renegadas/os à informalidade e prostituição. Todas essas questões também influenciam no exercício pleno das liberdades individuais, além de demonstrar as fragilidades na garantia do acesso à justiça por parte daquelas pessoas mais vulneráveis.

O direito fundamental ao mínimo existencial se fundamenta no direito às condições básicas para uma vida digna. Considerando os indicadores gerais brasileiros e os aqui levantados especificamente sobre a população trans, ressalta-se a necessidade de uma verdadeira articulação entre o próprio direito – considerando suas áreas civil, constitucional e do trabalho –, que por sua vez se relacionará com as políticas públicas – que devem ser universais, com orçamento, de Estado e transversais –, e por fim, deve-se considerar os diálogos entre os diversos marcadores da diferença – gênero, classe, sexualidade, raça/etnia, religiosidade, geração, regionalidades, etc. que têm produzido hierarquias e desigualdades sociais interseccionadas.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. **Rev. direito GV**, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 303-333, ago. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid

Trecho retirado de fala de Valéria Rodrigues, representante do Instituto Nice, em audiência pública na Defensoria Pública do Estado de São Paulo em 2016. Para ver mais: ALMEIDA, Cecília Barreto de; VASCONCELLOS, Victor Augusto. Transexuais: transpondo barreiras no mercado de trabalho em São Paulo?. *Rev. direito GV*, São Paulo, v. 14, n. 2, p. 303-333, ago. 2018. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1808-24322018000200303&lng=pt&nrm=iso>. acessos em 14 nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201814>.

=S1808-24322018000200303&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 14 nov. 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172201814>.

ALMEIDA, G. da S; PILAR, A; GEBRATH, Z. **As relações de trabalho como um aspecto da assistência à saúde de pessoas trans**. In: COELHO, M. T. Á. D; SAMPAIO, L. L. P. *Transexualidades: um olhar multidisciplinar*. Salvador: EDUFBA, 2014.

ALMEIDA, G. S. No contrafluxo: pessoas trans como personagens cotidianos. **Boletim Conexões Geraes**, Belo Horizonte, ano 22, n. 70, p. 2, 1. sem. 2015. Disponível em: <<http://www.cress-mg.org.br/publicacoes/Home/Lei/48>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ALMEIDA, Guilherme. Reflexões sobre a possibilidade da despatologização da transexualidade e a necessidade da assistência integral à saúde de transexuais no Brasil. **Revista Latinoamericana Sexualidad, Salud y Sociedad**[online]. 2013, n. 14, pp. 380-407. ISSN 1984-6487. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/sex/n14/a17n14.pdf>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ANDRADE, Luma Nogueira de. **Travestis na escola: assujeitamento e resistência à ordem normativa**. Tese de Doutorado. Fortaleza, Universidade Federal do Ceará, 2012.

BAUER, Martin W.; GASKELL, George (ed.). **Pesquisa qualitativa com texto, imagem e som: um manual prático I**. Petrópolis, RJ: Editora Vozes, 2002.

BENTO, Berenice. Nome social para pessoas trans: cidadania precária e gambiarra legal. **CONTEMPORÂNEA**, v. 4, n. 1 p. 165-182 Jan.–Jun. 2014. Disponível em: <<http://www.contemporanea.ufscar.br/index.php/contemporanea/article/view/197>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

BENTO, Berenice. **O que é transexualidade**. São Paulo: Brasiliense, 2008.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei da Câmara nº 122, de 2006**. Altera a Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, dá nova redação ao § 3º do art. 140 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, e ao art. 5º da Consolidação das Leis do Trabalho, aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e dá outras providências. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/79604>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 5.002, de 2013**. Dispõe sobre o direito à identidade de gênero e altera o art. 58 da Lei nº 6.015 de 31 de dezembro de 1973. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=565315>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 5.872, de 2005**. Proíbe a mudança de prenome em casos de transexualismo.. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=299666>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. CÂMARA DOS DEPUTADOS. **Projeto de lei nº 70, de 1995**. Dispõe sobre intervenções cirúrgicas que visem à alteração de sexo e dá outras providências. Disponível em: <<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=15009>>.

Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Conselho Nacional de Combate à Discriminação. **Brasil Sem Homofobia**: Programa de combate à violência e à discriminação contra GLTB e promoção da cidadania homossexual. Brasília: Ministério da Saúde, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Anais da II Conferência Nacional de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT**. Brasília, 2011.

BRASIL. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. **Plano Nacional de Promoção da Cidadania e Direitos Humanos de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Travestis e Transexuais – LGBT**. Brasília, 2009.

BRASIL. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.275 DISTRITO FEDERAL**. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2691371>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

BRASIL. **Decreto Nº 8.727, de 28 de Abril de 2016**. Brasília, DF, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2016/Decreto/D8727.htm>. Acesso em: 08 nov. 2019.

CARBONI, Daiana Fagundes dos Santos. O direito à adequação registral do transexual: reconhecimento da dignidade da pessoa humana na categoria da tolerância. **Revista de Informação Legislativa**: RIL, v. 55, n. 220, p. 215-231, out./dez. 2018. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/55/220/ril_v55_n220_p215>. Acesso em: 14 nov. 2019.

CORREA, Sônia; PETCHESKY, Rosalind. Direitos sexuais e reprodutivos: uma perspectiva feminista. **Physis**, Rio de Janeiro, v. 6, n. 1-2, p. 147-177, 1996. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-73311996000100008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 nov. 2019.

DIAS, Jossiani; BERNARDINELLI, Muriana. O Transexual e o Direito de Acesso ao Mercado de Trabalho: Do Preconceito à Ausência de Oportunidades. **Revista de Gênero, Sexualidade e Direito**, e-ISSN: 2525-9849, Curitiba, v. 2, n. 2, p. 243- 259, Jul/Dez. 2016.

FELICIANI, Márcia Zanin; SCHIRMER, Leandra Cohen; DALMOLIN, Aline Roes. A atuação de Silas Malafaia contra o PLC 122: análise de suas páginas no Twitter e no Facebook. **PragMATIZES** - Revista Latino-Americana de Estudos em Cultura - ISSN 2237-1508, [S.l.], n. 13, p. 92 - 112, jan. 2018. ISSN 2237-1508. Disponível em: <<http://periodicos.uff.br/pragmatizes/article/view/10462>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

GREEN, J. N; QUINALHA, R. **Homossexualidade, Repressão e Resistência durante a Ditadura**. Disponível em: <http://www.cev-rio.org.br/site/arq/Green-J-e-Quinalha-R-Homossexualidades-repressao-e-resistencia-durante-a-ditadura.pdf>. Acesso em: 08 nov. 2019.

IRINEU, Bruna Andrade. **A POLÍTICA PÚBLICA LGBT NO BRASIL (2003-2014): HOMOFOBIA CORDIAL E HOMONACIONALISMO NAS TRAMAS DA PARTICIPAÇÃO SOCIAL**. 2016. 279 f. Tese (Doutorado) - Curso de Escola de Serviço Social, Programa de Pós-graduação em Serviço Social, Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2016.

IRINEU, Bruna Andrade. Homonacionalismo e cidadania LGBT em tempos de neoliberalismo: dilemas e impasses às lutas por direitos sexuais no Brasil. **EM PAUTA**, Rio de Janeiro – 2o Semestre de 2014 – n. 34, v. 12, p. 155 – 178. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/view/15088>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

IRINEU, Bruna Andrade; FROEMMING, Cecilia Nunes; RIBEIRO, ViniciosKabral; MELLO, Luiz. **Políticas públicas de trabalho, assistência social e previdência social para a população lgbt: "caminhos paralelos" ou "estradas que se cruzam"?**. 2010. Disponível em: <[http://www.sertao.ufg.br/up/16/o/politicaslgbt_trabalho__assistencia_social_e_previdencia.p](http://www.sertao.ufg.br/up/16/o/politicaslgbt_trabalho__assistencia_social_e_previdencia.pdf?1345092031)
[df?1345092031](http://www.sertao.ufg.br/up/16/o/politicaslgbt_trabalho__assistencia_social_e_previdencia.pdf?1345092031)>. Acesso em: 08 nov. 2019.

LE BRETON, David. **A sociologia do corpo**. 2ª ed. Tradução de Sonia M.S. Fuhrmann. Petrópolis, RJ: Vozes. 2007.

LIONCO, Tatiana. Psicologia, Democracia e Laicidade em Tempos de Fundamentalismo Religioso no Brasil. **Psicologia: Ciência e Profissão**. 2017, vol.37, n.spe, pp.208-223. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S1414-98932017000500208&script=sci_abstract&tlng=pt>. Acesso em: 08 nov. 2019.

LOURO, Guacira Lopes. **Um Corpo Estranho: Ensaio sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte, MG: AAutêntica. 2004.

MACHADO, Maria das Dores Campos; PICCOLLO, Fernanda Delvalhas (orgs.). **Religiões e homossexualidades**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2010.

MARINHO, Silvana. Diversidade de gênero na sociabilidade capitalista patriarcal: as identidades trans em perspectiva. **Rev. katálysis**, Florianópolis, v. 21, n. 3, p. 602-610, dez. 2018. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-49802018000300602&lng=pt&nrm=iso. Acesso em: 08 nov. 2019.

MARINHO, Silvana. **Precarização social da população LGBT: um debate sobre trabalho, relações sociais no capitalismo e as tendências contemporâneas do modo de produção capitalista**. 2016. Disponível em: <http://www.gepsexualidades.com.br/resources/anais/6/1467395047_ARQUIVO_ArtigoSilvanaMarinho_PrecarizacaosocialLGBT.pdf>. Acesso em: 14 nov. 2019.

MELLO, Luiz. **Novas famílias: Conjugalidade homossexual no Brasil contemporâneo**. Rio de Janeiro: Garamond, 2005.

MELLO, Luiz; AVELAR, Rezende Bruno de; MAROJA, Daniela. Por onde andam as políticas públicas para a população LGBT no Brasil. **Soc. estado.**, Brasília, v. 27, n. 2, p. 289-312, Ago. 2012. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922012000200005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2019.

MEZZARROBA, Orides; MONTEIRO, C. S. **Manual de metodologia da pesquisa no Direito**. 4.

Ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

NATIVIDADE, Marcelo; OLIVEIRA, Leandro de. **As novas guerras sexuais: diferença, poder religioso e identidades LGBT no Brasil**. 1. Ed. Rio de Janeiro: Garamond. 2013.

PRADO, Marco Aurélio Maximo; CORREA, Sonia. Retratos transnacionais e nacionais das cruzadas antigênero. **Rev. psicol. polít.**, São Paulo, v. 18, n. 43, p. 444-448, dez. 2018. Disponível em: <http://pepsic.bvsalud.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1519-549X2018000300003&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2019.

PRATES, J. C.; PRATES, F. C. **Problematizando o uso da técnica de Análise Documental no Serviço Social e no Direito**. Sociedade em Debate, Pelotas, 15(2): 111-125, jul.-dez./2009.

REDE NACIONAL DE PESSOAS TRANS DO BRASIL (REDE TRANS BRASIL). **Diálogos Sobre Viver Trans – Monitoramento: Assassinatos e Violação de Direitos Humanos de Pessoas Trans no Brasil – Dossiê**, 2018.

RIOS, Roger Raupp; SILVA, Rodrigo da. Democracia e direito de antidiscriminação: interseccionalidade e discriminação múltipla no direito brasileiro. **Cienc. Culto**. São Paulo, v. 69, n. 1, p. 44-49, março de 2017. Disponível em <http://cienciaecultura.bvs.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0009-67252017000100016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 08 nov. 2019.

RUBIN, Gayle. **Pensando o sexo: Notas para uma teoria radical da política da sexualidade**. 2012. Disponível em: <http://repositorio.ufsc.br/xmlui/handle/123456789/1582>. Acesso em: 08 jan. 2018.

SARMENTO, Daniel. O mínimo existencial. **Revista de Direito da Cidade**, [S.l.], v. 8, n. 4, p. 1644- 1689, nov. 2016. ISSN 2317-7721. Disponível em: <<https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rdc/article/view/26034>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

SILVA, José Afonso da. A dignidade da pessoa humana com valor supremo da democracia. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 212, p. 89-94, abr. 1998. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47169>>. Acesso em: 08 nov. 2019.

TRANSGENDER EUROPE (TGEU). **Trans Day of Remembrance (TDoR) 2018 Press Release - 369 reported murders of trans and gender-diverse people in the last year**. 2018. Disponível em: <<https://transrespect.org/en/tmm-update-trans-day-of-remembrance-2018/>>. Acesso em: 14 nov. 2019.

ZAMBRANO, Elizabeth. Parentalidades “impensáveis”: Pais/mães homossexuais, travestis e transexuais. **Horizontes Antropológicos**. Porto Alegre, ano 12, n. 26, p. 123-147, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832006000200006>. Acesso em: 14 nov. 2019.

O ELO PERDIDO DO SUPERENDIVIDAMENTO

João Manoel de Lima Junior¹

José Egidio Altoé Junior²

RESUMO: O artigo analisa os impactos da expansão dos cartões de crédito e débito no superendividamento das famílias brasileiras. A partir de pesquisa bibliográfica e buscando apresentar o elo entre o desenvolvimento do mercado de cartões e o superendividamento, consideram-se (1) as perspectivas macro e microeconômicas do mercado de pagamentos (2) como esse mercado alterou a gestão de renda das famílias brasileiras. Argumenta-se que esta relação ocorreu tanto por iniciativa do mercado quanto por influência estatal. O artigo conclui apresentando parâmetros para adoção de instrumentos regulatórios para a limitação do superendividamento em decorrência do uso de cartões de crédito.

Palavras-chave: mercado de pagamentos; superendividamento; cartão de crédito; regulação.

ABSTRACT: The article analyzes the impact of credit and debit card expansion on the over-indebtedness of Brazilian families. Based on bibliographical research and focused on presenting the link between credit card market development and the over-indebtedness, the article considers (1) both macro and microeconomic perspectives of the payment market and (2) how this market alters Brazilian families' financial management. It is argued that this relationship occurred both by market and by state influences. The article concludes proposing the adoption of regulatory instruments to limit the over-indebtedness arising out of the use of credit cards.

Key-words: payment Market; over-indebtedness; credit card; regulation.

Introdução

O objetivo deste artigo é analisar os impactos da expansão dos pagamentos eletrônicos, em especial, os cartões de débito e de crédito, no superendividamento das famílias brasileiras³. Cartões de pagamento são espécies do gênero instrumento de pagamento. Instrumento de pagamento é o dispositivo ou conjunto de procedimentos acordado entre o usuário final e seu

1. Doutor em Direito de Empresa e Atividades Econômicas – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil. Foi Pesquisador Visitante na Georgetown University Law Center e Professor Substituto de Direito Comercial da Faculdade Nacional de Direito – FND/UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil. Atualmente é Professor Adjunto da Graduação em Direito da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas – FGV Direito Rio e Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV. Presidente da Comissão de Direito Empresarial do Instituto dos Advogados Brasileiros – IAB e membro da Comissão de Direito Empresarial do Seccional do Rio de Janeiro da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB/RJ.

2. Mestrando em Direito Público – UERJ, Rio de Janeiro, Brasil. Bacharel em Direito pela FND/UFRJ, Rio de Janeiro, Brasil. Pesquisador do Centro de Pesquisa em Direito e Economia da FGV Direito Rio – CPDE/FGV.

prestador de serviço de pagamento, utilizado para iniciar uma transação de pagamento, por exemplo, a moeda, a moeda eletrônica, a moeda escritural e os cartões de débito e de crédito (cartões de pagamento)⁴.

Os cartões de pagamento possibilitam que informações e recursos sejam transferidos no mercado de pagamentos, por meio de sistemas eletrônicos. Seu surgimento só foi possível devido ao desenvolvimento das tecnologias da informação e comunicação (TIC) e seu funcionamento depende da existência de uma infraestrutura tecnológica (*softwares* e *hardwares*) capazes de processar dados⁵.

À medida que a tecnologia evoluiu, os cartões de pagamento foram se difundindo e se tornando a base do mercado de pagamentos⁶. Para comparação, em 2008, a quantidade de transações com cartões de débito correspondiam a pouco mais de 2 bilhões de transações, e com cartões de crédito, 2,5 bilhões de transações. No fim do ano de 2015, o cartão de débito foi utilizado em 6,5 bilhões de transações, e o cartão de crédito, em 5,7 bilhões de transações. Ou seja: após sete anos, o uso de cartões de débito como instrumento de pagamento triplicou, bem como, o uso de cartão de crédito dobrou.

No período de 2000 a 2015, a quantidade de transações com cartões de crédito foi de 0,9 a 5,7 bilhões. Nesta mesma faixa temporal, o valor total transacionado foi de R\$ 59 bilhões para R\$ 1,08 trilhões. Atualmente, as faturas de cartões de pagamento correspondem a cerca de 30% dos gastos das famílias (em 2008, o percentual era de 19%) (SANTOS; PEREIRA, 2019, p. 201). Em 2015, havia, aproximadamente, 98 milhões de cartões de débito e 86 milhões de cartões de crédito em circulação no mercado brasileiro (JACHEMET, 2018, p. 40-41).

Em relação a expansão dos cartões de pagamento sobre outros instrumentos de pagamento, pesquisa realizada pelo Banco Central do Brasil (BCB), em 2018, indica que a porcentagem de brasileiros que usam cartões de débito e de crédito como formas de pagar as contas ou fazer compras é de, respectivamente, 52% e 46%. Apesar da menor aderência do mercado brasileiro em pagar utilizando cartões de pagamento (37%)⁷ em comparação ao papel-moeda (60%), pesquisas indicam que a tendência é a expansão daqueles instrumentos sobre estes.⁸ Nesse sentido, para compras com valores superiores a R\$ 500,00, o meio de pagamento mais utilizado é o cartão de crédito, com 43% de adesão (BRASIL, 2018, p. 15, 16 e 17)⁹.

Do outro lado do mercado, 76% e 74% do mercado afirmaram aceitar, respectivamente,

3. Segundo Livia Faneco, o fenômeno do superendividamento decorre, dentre outros fatores, da economia do endividamento, que iniciou com a política econômica de desenvolvimento com base na concessão de crédito ao consumo e desregulação do setor bancário (2016, p. 14 e 187).

4. No âmbito do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), instrumento de pagamento é o dispositivo utilizado para iniciar uma ordem eletrônica de débito, de crédito ou para transferir recursos. Nesse sentido, o cartão de crédito é apenas um artifício contendo símbolos para a troca de valor monetário. A definição jurídica está contida no artigo 6º, inciso V, da Lei nº 12.865/2013.

5. Foge ao escopo do artigo apresentar a evolução histórica da moeda, nesse sentido, ver: David S. Evans e Richard Schmalensee (2005).

6. O aumento do uso dos cartões de pagamento é acompanhado pelo desenvolvimento da TIC. Atualmente, é possível realizar transações de pagamento utilizando *smartphones*, dispositivos vestíveis (por exemplo, relógios) e por meio de tecnologia de aproximação (*near field communication*). Tais fatos são indícios do aumento da utilização de formas desmaterializadas de dinheiro (*cashless society*).

cartões de débito e de crédito como formas de pagamento. Dentre as formas de recebimento de pagamentos mais frequentes, o cartão de débito apresentou a maior taxa de crescimento entre 2013 e 2018, passando de 4% a 15%. No mesmo período, apresentaram decréscimos o papel-moeda (de 57% para 52%) e o cartão de crédito (de 35% para 31%) (BRASIL, 2018, p. 24 e 25).

Embora em uma perspectiva macroeconômica, a expansão dos cartões de pagamento tenha produzido crescimento econômico (ZANDI; SINGH; IRVING, 2013) (ZANDI *et al*, 2016), seu impacto no desenvolvimento econômico ainda é pouco explorado¹⁰. Sob a perspectiva microeconômica, autores indicam, por meio de pesquisas qualitativas, que tal processo de expansão pode estaraumentando a pobreza (SCIRÉ, 2011), gerando gentrificação (MONTENEGRO; CONTEL, 2017) e ampliando a desigualdade (SCIRÉ, 2009) (ZERRENNER, 2007).

Dados da Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e Turismo (CNC) apontam que o principal tipo de dívida das famílias brasileiras é o cartão de crédito, com percentual crescente de 2017 a 2019. Para além do endividamento, cogita-se que os pagamentos eletrônicos, e o cartão de crédito em particular, estejam contribuindo para o superendividamento. Fenômeno que consiste na impossibilidade global de que o devedor pague todas as suas dívidas de consumo, atuais e futuras, em tempo razoável e de boa-fé, de acordo com sua capacidade atual de rendas e patrimônios (PORTO; NOGUEIRA, 2017, p. 8)¹¹.

Assim, para analisar como a expansão dos cartões de pagamento sobre outros instrumentos de pagamento pode gerar impactos sociais específicos, tais como o superendividamento, este artigo está subdividido em três partes, além desta introdução e uma conclusão. A primeira parte apresenta os pagamentos instantâneos sob a perspectiva macroeconômica. A segunda parte analisa os pagamentos instantâneos sob a perspectiva microeconômica e apresenta os dados de endividamento das famílias brasileiras. A terceira parte busca demonstrar a mudança na gestão de renda das famílias brasileiras e apresentar considerações sobre a regulação dos pagamentos eletrônicos no Brasil.

1. Pagamentos eletrônicos em perspectiva macroeconômica

Em relatório publicado em 2016, Zandi, Koropecykj, Singh e Matsiras buscaram avaliar o impacto dos pagamentos eletrônicos no crescimento econômico¹². A conclusão foi que a difusão dos cartões de pagamento gerou impactos positivos no Produto Interno Bruto (PIB), no consumo

7. Segundo o The World Bank, em 2017, 27% dos brasileiros com mais de 15 anos de idade possuíam, pelo menos, um cartão de crédito. Comparativamente, o índice é de 34%, em Portugal; 41%, na França; 54%, na Espanha; 60%, na Austrália; 65%, no Reino Unido; 66%, nos Estados Unidos da América; e 83%, no Canadá. Dados disponíveis em: <https://tcdata360.worldbank.org/indicators/h83ea0f24?country=BRA&indicator=3360&countries=AUS,ESP,GBR,USA,PRT,FRA,CAN&viz=line_chart&years=2011,2017>. Acesso em: 30/9/2019.

8. Para uma análise prospectiva do mercado, em especial, do sistema de pagamentos digitais no Brasil e no mundo, ver: Nacional (2019) e Almeida, Fazendeiro e Inácio (2018, p. 47-50).

9. Para compras com valores até R\$ 500,00, o meio de pagamento mais utilizado é o papel-moeda.

e na criação de empregos. A partir do cálculo do impacto do uso dos cartões no consumo *per capita*, os autores foram capazes de avaliar os efeitos que o aumento dos gastos com bens e serviços têm sobre o consumo e o PIB. Foram analisados dados macroeconômicos de setenta países, entre 2011 e 2015, que concentram aproximadamente 95% do PIB mundial¹³.

Foi estimado que o aumento do uso de cartões de pagamento contribuiu para acrescentar \$296 bilhões ao consumo no período analisado, ou 0,1% de aumento no PIB global. O consumo teve um acréscimo de 2,3% no mesmo período, dos quais 0,01 é atribuído ao aumento da penetração dos cartões. Segundo os autores, o uso de cartões também gerou 2,6 milhões de empregos entre 2011 e 2015 (ZANDI *et al*, 2016, p. 1)¹⁴.

Nos últimos cinquenta anos, a proliferação dos pagamentos eletrônicos, em especial, os cartões de crédito e de débito, mudou a forma como consumidores pagam por bens e serviços, como os estabelecimentos gerem seus negócios e como o Estado organiza suas políticas públicas, pois os pagamentos eletrônicos reduzem o número de transações não reportadas para fins tributários.

Esse conjunto de fatores reduziria o atrito na economia em geral e levaria ao aumento dos gastos em bens e serviços, criando o que os autores denominam ciclo econômico virtuoso, em que a produção aumenta, mais empregos são gerados, ampliando a renda e a prosperidade econômica dos países. O atrito econômico foi reduzido, uma vez que os pagamentos eletrônicos ajudaram os consumidores a otimizarem as decisões de consumo ao fornecer acesso seguro e imediato aos seus recursos depositados (cartões de débito) ou a sua linha de crédito (cartões de crédito) (ZANDI *et al*, 2016, p. 4). As razões para a redução do atrito econômico com a expansão dos pagamentos eletrônicos estão sistematizadas em quatro chaves de análise na tabela abaixo:

Tabela 1 – Reduções do atrito econômico com a expansão dos pagamentos eletrônicos

Benefícios aos consumidores e estabelecimentos	Segurança	Conveniência	Transparência
- Acesso imediato aos recursos ou linha de crédito;	- Confiança nas transações eletrônicas aumentam o consumo, pois consumidores e estabelecimentos sentem mais confortáveis quando as transações são realizadas com cartões.	- Cartões promovem conveniência e redução dos custos dos estabelecimentos; e	- Pagamentos eletrônicos reduzem os custos do Banco Central em fornecer papel-moeda; e
- Redução da quantidade de papel-moeda e cheques armazenados pelos estabelecimentos;		- Pagamentos eletrônicos, especialmente, os pagamentos instantâneos (<i>fast payment</i>) tornam as transações mais rápidas. ¹⁵	Pagamentos eletrônicos eliminam porção substancial das transações não reportadas para fins tributários.
- Acesso ao crédito gera consumo contínuo, independente das rendas periódicas com salários;			

<p>- Diminuição de assimetrias: cartões permitem que os consumidores participem da economia digital (<i>e-commerce</i> e <i>m-commerce</i>).</p>			
--	--	--	--

Fonte: elaborado pelos autores.

A expansão dos cartões de pagamento possibilitou que os consumidores participassem da economia digital (*e-commerce* e *m-commerce*), ampliando as opções de consumo disponíveis, ao mesmo tempo em que os estabelecimentos puderam atingir um público que não se circunscrevesse ao seu território com a aceitação dos pagamentos eletrônicos.

Da mesma forma, o atrito é diminuído com a redução dos custos dos estabelecimentos, por exemplo, com a redução dos custos com trabalhadores, a partir do momento em que consumidores usam seus cartões para pagar diretamente as contas em transportes públicos ou no supermercado. A conveniência aumenta, na medida em que os consumidores não precisam se deslocar até caixas eletrônicos para conseguir papel-moeda ou se deslocar até o estabelecimento para finalizar uma transação. Cada atrito econômico eliminado do sistema de pagamentos contribui para aumentar o consumo e o PIB (ZANDI *et al*, 2016, p. 5).

O uso de cartões desempenharia um papel impulsionador do consumo e do crescimento econômico porque o uso de cartões geraria mais uso de cartões. À medida em que mais cartões são emitidos, a tendência é que mais estabelecimentos passem a aceitar cartões, aumentando o volume de transações. Isto porque os consumidores se sentiriam mais confortáveis usando cartões para uma porcentagem maior de transações, pois diversos estabelecimentos os aceitam. Do mesmo modo, os estabelecimentos desejam acessar o crescente número de consumidores titulares de cartões com pagamento garantido¹⁶.

O estudo também apontou que os mercados emergentes se beneficiaram mais do que os mercados desenvolvidos com o aumento no consumo causado pela difusão no uso dos cartões. Uma das hipóteses sugeridas é que o uso de cartões já está consolidado nas economias desenvolvidas, logo, o crescimento do uso tende a ser lento. Por isso, as economias emergentes poderiam investir no desenvolvimento da infraestrutura de pagamento de varejo, tornando os

10. Diferente do crescimento econômico (medido principalmente por meio do Produto Interno Bruto), o desenvolvimento econômico está relacionado ao aumento do bem-estar e do padrão de vida das pessoas em geral, por meio de índices como, por exemplo, produtividade, salário e longevidade (medido principalmente por meio do Índice de Desenvolvimento Humano).

11. Excluídas as dívidas do Fisco e as oriundas de delitos e de alimentos.

12. A hipótese dos autores é que os cartões de pagamento não são apenas convenientes, mas estimulam o crescimento econômico dos países. Os pagamentos eletrônicos possibilitariam que os consumidores acessem de modo conveniente e seguro os seus recursos e reduz o número de papel-moeda e cheques manuseados pelos estabelecimentos. Além de promoverem inclusão financeira de pessoas sem acesso ao sistema bancário tradicional (ZANDI *et al*, 2016, p. 1).

pagamentos eletrônicos difusos e disponíveis para os consumidores e comerciantes (ZANDI *et al*, 2016, p. 7-8)¹⁷.

Regionalmente, os aumentos médios no consumo e no PIB foram maiores na América do Sul, onde o PIB cresceu em média 0,2% ao ano devido ao aumento do uso de cartões. Por outro lado, os países africanos tiveram um aumento médio de 0,05% no PIB devido a difusão de cartões. Isto porque, os países africanos estão em estágios iniciais de desenvolvimento da infraestrutura de seus sistemas financeiros para apoiar a difusão de pagamentos eletrônicos¹⁸.

Em síntese, sob a perspectiva macroeconômica, o uso de pagamentos eletrônicos promoveria a confiança do consumidor e facilitaria o acesso ao crédito para a população. Também promoveria a inclusão financeira, permitindo que as pessoas sem acesso ao sistema financeiro tradicional, acessassem uma alternativa de pagamento em relação ao papel-moeda. A difusão de cartões de pagamento também beneficiaria os Estados com infraestrutura de cobrança de impostos pouco desenvolvida, que poderiam recolher mais receita fiscal devido a transparência das transações eletrônicas, cujo monitoramento é facilitado, pois todas as transações podem ser rastreáveis.

Embora Zandi, Koropecjy, Singh e Matsiras partam do pressuposto de que o aumento do consumo ocasionado pela expansão do número de cartões seja sempre benéfica para a economia de um país, o aumento do consumo em um contexto de crise, pode gerar bolhas econômicas¹⁹ ou inflação, pois não há produção suficiente para o consumo. Esta situação ocorreu durante a crise grega, de 2010.

Outro pressuposto do estudo é que os pagamentos eletrônicos beneficiam todas as partes envolvidas no sistema de pagamentos, pois, ao aceitar cartões de pagamento, os estabelecimentos venderiam mais (ZANDI *et al*, 2016, p. 4 e 15). Contudo, em nenhuma parte do estudo há comentários sobre as taxas cobradas pelo sistema eletrônico de pagamentos, o que poderia indicar que o aumento das vendas causado pela expansão do uso de cartões apenas transfere o lucro dos estabelecimentos para outros agentes econômicos²⁰.

Ao defenderem que a expansão dos pagamentos eletrônicos poderia ter um impacto positivo no futuro do crescimento econômico (ZANDI *et al*, 2016, p. 1), os autores têm como premissa de que os titulares de cartões estão continuamente adimplindo suas faturas. O uso de pagamentos eletrônicos, particularmente o uso do cartão de crédito, possibilita aos consumidores adquirir bens e serviços, mesmo quando seu fluxo de caixa é limitado, e *potencialmente* pagar em

13. Em estudo anterior, Zandi, Singh e Irving analisaram, de 2008 a 2012, o impacto do aumento da penetração dos cartões sobre o consumo privado em cinquenta e seis países, os resultados foram semelhantes a pesquisa atualizada: os pagamentos eletrônicos contribuíram para aumentar 0,8% do PIB nos mercados emergentes e 0,3% nos mercados desenvolvidos, o que gerou 1,9 milhões de empregos (2013, p. 3).

14. Se os consumidores consomem mais, a tendência é que as contratações aumentem para acomodar a demanda adicional por bens e serviços. O número de empregos gerados foi calculado considerando o PIB adicional acrescentado pelo uso de pagamentos eletrônicos. Nesse sentido, o número de empregos gerados tende a ser maior nos países desenvolvidos, porque estes tendem a ter maior produtividade do trabalho, melhor infraestrutura, rápido aumento das mudanças tecnológicas e um sistema financeiro robusto, com instituições financeiras estáveis.

algum período futuro.

As condições da chamada inclusão financeira também precisam ser problematizadas, considerando a distribuição desigual dos direitos dentro do Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB), ou seja, ao mesmo tempo em que mais pessoas são incluídas no sistema financeiro, são criadas categorias diferenciadas entre as pessoas, que esconde outra forma de exclusão. Se a inclusão financeira, por meio dos pagamentos eletrônicos, estiver sendo uma das causas do endividamento, a difusão dos cartões de pagamento estaria ligada a desigualdade social. Os indicadores macroeconômicos têm demonstrado que a difusão dos pagamentos eletrônicos aumenta o consumo, mas poucos estudos sob esta perspectiva apontam a possibilidade do endividamento como uma externalidade negativa ao sistema de pagamentos²¹.

Nesse sentido, analisando os dados sobre crédito no Brasil, Porto e Butelli demonstram o aumento do montante de endividamento no Brasil, atrelado ao aumento do número de operações com crédito. Entre 2004 e 2012, a renda média brasileira aumentou aproximadamente 155%. No mesmo período, o percentual de operações de crédito ultrapassou o crescimento da renda, com aumento de cerca de 850%. No que diz respeito ao total de endividamento familiar em relação à renda familiar, o percentual passou de 21%, em 2005, para 45%, em 2013, sendo a população de menor renda (até R\$ 1.000,00) a mais afetada (2015, p. 13-17)²².

Segundo pesquisa da CNC (2019), o percentual de famílias endividadas aumentou em maio de 2019, em relação a abril de 2019 e, também, em comparação ao mesmo período do ano anterior. Assim, o percentual passou de 59,1%, em maio de 2018, para 63,4%, em maio de 2019. O principal tipo de dívida é o cartão de crédito, totalizando 78,6% das causas para o endividamento destas famílias, em maio de 2019.

2. Pagamentos eletrônicos em perspectiva microeconômica

Da aplicação do trabalho social sobre a riqueza existente (processo produtivo) são geradas um conjunto de mercadorias e serviços, chamado produto social. A partir do processo econômico do consumo, os titulares dos fatores de produção e os participantes do processo produtivo são remunerados. O conjunto de tais remunerações, em moeda, é chamado renda

15. Segundo Ronald Mann, uma das principais vantagens do sistema de pagamentos eletrônicos é poder reaver os recursos transferidos, em casos de transações indevidas ou canceladas, em um prazo em que eles ainda não tenham sido liquidados (2016, p. 3-6). Com a aceleração da liquidação promovida pelos pagamentos instantâneos (*fast payments*), onde as transações se tornam irrevogáveis e irretratáveis (*finality*) em curto lapso temporal, perde-se essa vantagem, com o potencial retorno ao modelo anterior de entrega dos recursos, sem chance de estorno.

16. No arranjo de pagamento, o pagamento é garantido pela instituição financeira emissora do cartão que, por isso, suporta o risco do inadimplemento das transações.

17. O Estado, como formulador de políticas públicas, pode fomentar o desenvolvimento da infraestrutura de pagamentos eletrônicos, por meio de medidas como incentivos fiscais ao uso de pagamentos eletrônicos ou incentivos a pagamentos de baixo custo realizados por telefones celulares ou *tablets*. Além disso, podem ser concedidos incentivos para a difusão regional das credenciadoras, uma vez que, as credenciadoras são responsáveis por desenvolver a infraestrutura na ponta do mercado que corresponde aos estabelecimentos.

social. Desse modo, o produto social e a renda social são conjuntos de valor equivalentes (VIDIGAL, 1977, p. 56).

A maior parte da renda social é utilizada na compra de mercadorias e serviços de consumo, parte do produto social²³. O crescimento com gastos de consumo tem como efeito a diminuição da poupança, uma vez que consumo e poupança são os dois fatores determinantes da renda social. Entram em conflito, portanto, o desenvolvimento e o bem-estar. A disciplina das poupanças constituídas pode atingir o momento econômico em que é convertida em investimentos²⁴, o que deixa de ocorrer com as categorias de baixa renda, que podem não superar o paradoxo da pobreza, ou seja, o consumo integral do que produzem.

Sob a perspectiva individual, o paradoxo da pobreza indica que pessoas que recebem salário mínimo, a poupança representa um sacrifício inviável, logo, a permanência na pobreza é a consequência da incapacidade de poupar. Para pessoas que recebem salários elevados, a poupança da renda que ultrapassa suas necessidades de consumo amplia a riqueza já acumulada. Assim, acentua-se a desigualdade na distribuição de riqueza e renda (VIDIGAL, 1977, p. 57-58).

Sciré (2009; 2011) estudou as mudanças nos modos de vida populares, a partir das mudanças em suas práticas de consumo decorrente da expansão dos cartões de crédito no Brasil. A autora defende a ideia de que haveria uma financeirização da pobreza, ou seja, um processo novo de consumo popular aliado ao crédito, que produz uma nova configuração do mundo popular, baseado em outra forma de relação entre poupança, consumo e crédito.

Assim, com base em pesquisas empíricas²⁵, chegou-se à conclusão de que, na década de 1980, as práticas e modos de vida das famílias nas periferias era baseada no trinômio poupança-crédito-consumo. Significa dizer que o hábito de consumo das famílias periféricas, era pautado pelo acúmulo do capital excedente do trabalho, após os gastos com necessidades básicas (poupança), gerando crédito para o posterior consumo. Havia o planejamento para a aquisição de bens futuros situados fora da esfera de subsistência.

Porém, as práticas e modos de vida das famílias periféricas mudaram, passando a se basear no trinômio crédito-consumo-dívidas, dentre outras causas, em virtude da expansão dos cartões de pagamento. A principal vantagem destes instrumentos de pagamento é a possibilidade

18. Na África do Sul, economia mais desenvolvida do continente africano, o aumento médio do PIB devido a difusão de cartões foi de 0,18%, três vezes a média regional. O que demonstraria que sistemas financeiros mais desenvolvidos beneficiariam pagamentos eletrônicos. A expectativa é que o aumento do uso de tecnologias de telefonia móvel para efetuar pagamentos possa aumentar a difusão de pagamentos eletrônicos no continente africano.

19. Situação na qual o valor de um bem se afasta do valor intrínseco deste mesmo bem, ou seja, em que o valor de mercado não corresponde ao valor real.

20. Em um arranjo de pagamento, ou seja, uma infraestrutura tecnológica, composta de sistemas operacionais (*softwares*), redes de computadores, equipamentos eletrônicos (*hardwares*) e licenciamentos tecnológicos que, por meio de regras e procedimentos pré-estabelecidos, permite a comunicação entre diferentes prestadores de serviços de pagamento, são cobradas as seguintes taxas: (1) anuidade do cartão e juros do financiamento eventualmente concedido ao titular do cartão sempre que este deixe de pagar o valor integral da fatura; (2) taxa de intercâmbio, contrapartida financeira paga ao emissor do instrumento de pagamento pelo acesso ao meio de pagamento; (3) taxa sobre o preço inicial da operação descontada pela credenciadora (*merchant discount rate* – MDR); (4) taxa de

de aquisição *imediata* de bens e serviços com capital fictício (no caso do cartão de crédito)²⁶. A dinâmica de aquisição imediata de bens ou serviços não essenciais, em contraposição ao longo lapso temporal que envolve o hábito de poupar, é tão vantajoso que deixa de importar o quanto se paga por estes bens ou serviços, mas se o bem adquirido pode ser parcelado e se o valor da parcela se adequa ao orçamento mensal (SCIRÉ, 2011, p. 66-68).

O processo de difusão dos cartões de pagamento transforma o consumo popular com a inserção da financeirização nas dinâmicas cotidianas (SCIRÉ, 2009, p. 95). Os titulares de cartões de pagamento passam a incluir o valor fictício do crédito no orçamento doméstico e, em momentos de necessidade, os cartões são utilizados para o consumo de bens essenciais. Na medida em que aumentam os recursos fictícios disponíveis, os cartões de pagamento tendem a multiplicar, também, as despesas. Quando não conseguem usar os cartões sem se endividar, as famílias tendem a entrar em um endividamento cíclico, pelo desconhecimento sobre os juros e taxas cobradas²⁸. É assim que, os cartões podem deixar de ser meio de pagamento para ser meio de financiamento de dívidas (SCIRÉ, 2011, p. 74).

A partir da difusão do cartão de crédito, as pessoas passam a contar com a possibilidade de parcelar as compras em diversas vezes, adiando o pagamento das faturas para os meses seguintes, mediante o pagamento de juros. Esta é uma das supostas vantagens proporcionadas pela utilização dos cartões entre as camadas populares: a possibilidade de adquirir bens por um valor virtual de crédito, que são adimplidos aos poucos com o orçamento líquido mensal. O que ocorre, portanto, é que o salário mensal é usado para pagar as despesas do mês anterior, impossibilitando a poupança e o investimento (SCIRÉ, 2009, p. 95-96)²⁹.

A descrição indica que a inclusão financeira das camadas populares, por meio da expansão dos cartões de pagamento, traz consequências sociais. Trata-se de uma lógica que fomenta o crédito e o consumo, sem que se tenha certeza de que será possível adimplir as dívidas, isto é, uma lógica de endividamento, pobreza e desigualdade (SCIRÉ, 2011, p. 75)²⁷. O índice de Gini, medida popular de desigualdade, apresentou no segundo semestre de 2019, a marca de 0,6291. O Brasil passa por quatro anos consecutivos de aumento da desigualdade, o que é um recorde de duração por período consecutivo nas séries históricas brasileiras (NERI, 2019, p. 3-4)³⁰.

A evolução do percentual das famílias brasileiras endividadas e da porcentagem dessas dívidas que foram contraídas com cartão de crédito, no período de 2010 a 2019, pode ser

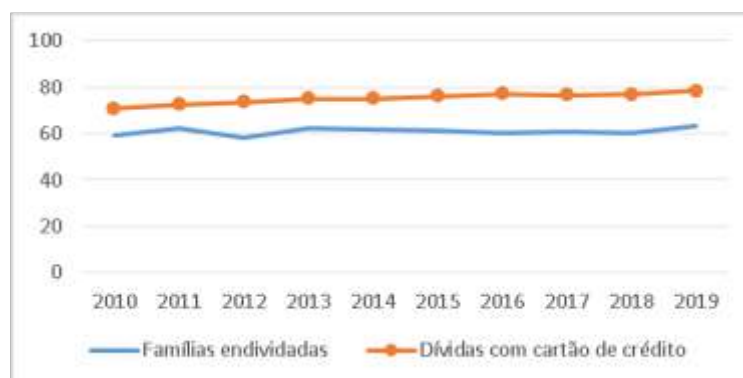
adquirência pela utilização da rede paga pelas credenciadoras, cobrada pela instituidora do arranjo de pagamento; e (5) *royalties* pela utilização da marca e taxa pela utilização da rede pagos pela instituição financeira emissora, cobrado pela instituidora do arranjo de pagamento.

21. O estudo macroeconômico de Zandi *et al* (2016) aponta que foram gerados 2,6 milhões de empregos, em virtude do aumento do consumo ocasionado pela difusão do uso de cartões. Entretanto, os autores não apontam se a geração de empregos foi direta ou indireta no setor, tampouco as condições de criação desses empregos. Para uma análise sobre a precarização das garantias trabalhistas, em virtude da financeirização das relações de trabalho na era digital, ver a parte I de Antunes (2018).

22. Segundo Porto e Sampaio, o perfil do superendividado brasileiro são mulheres, com renda média de 1 a 2 salários mínimos mensais, idade entre 25 a 44 anos e ensino médio completo (2016, p 65).

analisada nos gráficos abaixo. Todos os dados são da Pesquisa de Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC) da CNC.

Gráfico 1 – Porcentagem das famílias brasileiras endividadas e porcentagem das dívidas contraídas com cartão de crédito (2010-2019)



Fonte: elaborado pelos autores.

Considerando que o superendividamento consiste na impossibilidade global de que o devedor pague todas as suas dívidas de consumo, atuais e futuras, em tempo razoável, de acordo com a sua capacidade de rendas e patrimônio, sem comprometer a sua subsistência, apresenta-se, no gráfico abaixo, a evolução do percentual de famílias com dívidas ou contas em atraso e o percentual de famílias sem condições de pagar as dívidas ou contas em atraso, de 2010 a 2019.

Gráfico 2 – Percentual de famílias com dívidas ou contas em atraso e porcentagem de famílias sem condições de pagar as dívidas ou contas em atraso (2010-2019)



Fonte: elaborado pelos autores.

23. Os aspectos microeconômicos das transações interessam ao direito privado, mas aspectos macroeconômicos são relevantes para o direito econômico, nesse sentido, ver: Vidigal (1977, p. 39-44 e 56).

24. Sobre as relações entre poupança, consumo e investimento, Geraldo de Camargo Vidigal indica que há uma incompatibilidade nos esforços de ajustar o mercado entre poupança e investimento com os esforços de ajustar o mercado entre poupança e consumo (1977, p. 58).

Sciré desenvolveu sua pesquisa empírica no distrito do Campo Limpo, localizado na periferia da região sul de São Paulo. Metodologicamente, foi utilizado a noção de etnografia multi-situada, ou seja, considerando o grupo estudado para além do interior de uma localidade específica, pois o estudo das práticas de consumo pressupõe a análise de

Block-Lieb e Janger apontam que o uso de cartão de crédito gera uma dissonância cognitiva, pois os consumidores não pagam à vista e a fatura só é recebida em semanas, bem como, o limite de poder de compra com o pagamento em papel-moeda é tangível, ao contrário do cartão de crédito. Desse modo, consumidores que utilizam cartões de crédito tendem a gastar mais em comparação com aqueles que usam apenas papel-moeda, pois calculam mal o montante de renda que resta para as compras (2006, p. 1.537).

3. O elo perdido do superendividamento: considerações regulatórias

O fio condutor do esquema de gestão de renda *crédito-consumo-dívidas*, apresentado por Sciré (2009 e 2011), parece estar sendo alterado, tanto por iniciativa do próprio mercado, quanto por mudanças regulatórias promovidas no país. Cogita-se que o esquema de gestão de renda esteja se alterando para o tripé *comportamento-crédito-consumo*.

Com a ampliação da concorrência no mercado de pagamentos brasileiro, haveria uma mudança na racionalidade dos agentes econômicos pertencentes a conglomerados financeiros. Se antes da ampliação da concorrência o parcelamento sem juros e os juros rotativos no cartão de crédito pareciam não estar pautados em discussões de mercado, com a mudança no mercado de pagamentos ocasionada pelo surgimento de novos agentes desvinculados de conglomerados financeiros, o *establishment* passa a colocar em pauta as taxas cobradas (e a forma de cobrança) no sistema de pagamentos. Em relação às mudanças regulatórias, algumas medidas, como o fim do rotativo no cartão de crédito, o cadastro positivo, o sistema de informações *Registrato* do BCB e o sistema financeiro aberto (*open banking*), têm apontado que os hábitos financeiros das pessoas condicionarão o crédito que poderá ser usado para o consumo. Nesse sentido, a troca e a análise de dados, por meio do cadastro positivo e do sistema financeiro aberto, permite às instituições traçar o perfil de risco e retorno dos titulares de cartões, modificando o crédito com base no comportamento dos indivíduos.

Sabendo-se que os indivíduos que buscam linhas de crédito no mercado possuem racionalidade limitada, poderia haver regulação para diminuir os incentivos econômicos dos que emprestam. A análise dos dados realizada por Zerrenner (2007) indicariam que os modelos de

aspectos como: as estratégias para atrair consumidores; a localização de certas redes de consumo; o acompanhamento das agendas de consumo, das trajetórias de compras e utilização dos meios de pagamento; e a análise de elementos que à primeira vista parecem não pertencer ao cenário social estudado, ultrapassando o campo de observação empírica (2009, p. 56, 58 e 72).

26. Isto porque, o cartão de crédito está vinculado a uma conta de cartão de crédito, ou seja, um contrato entre uma instituição financeira e uma pessoa, física ou jurídica, que representa a existência de uma linha de crédito rotativo, com base no perfil de risco do contratante. O cartão de crédito pode ser um dos instrumentos para utilizar o crédito concedido, assumindo o contratante a obrigação de pagar o valor, para a instituição, em momento futuro (*buy first, pay later*).

27. As camadas de baixa renda passaram a ter contato com o sistema financeiro, principalmente, após a expansão dos cartões de pagamento. Fenômeno que tem sido chamado de inclusão financeira (ALCÂNTARA, 2017, p. 61-84).

28. A falta de recursos impossibilita o pagamento das dívidas. Em caso empírico, descobriu-se que algumas famílias viviam esse ciclo de endividamento, ou seja, utilizavam outros cartões para a satisfação das necessidades básicas, enquanto os recursos advindos do trabalho eram usados para adimplir a dívida de um dos cartões. Assim, gastavam seu salário para adimplir um dos cartões (C1), enquanto se endividavam nos outros que possuíam (C2, C3, ..., Cn).

aprovação de crédito parecem inadequados, pois os indivíduos acabam se endividando além dos limites de suas possibilidades de pagamento.

Diante da aparente lógica de fornecer linhas de crédito, sem saber se o consumidor conseguirá pagar, a regulação poderia conhecer o perfil do endividado e as causas dos problemas de endividamento, visando contribuir para o desenvolvimento de modelos de avaliação de crédito que contemple tais características.

Não se trata de defender a ideia de que o livre acesso ao consumo eleva o endividamento. Os indivíduos possuem autonomia para fazer decisões sobre poupança, investimento e consumo. Trata-se de aprimorar macro decisões de poupança e consumo, pois o livre acesso a linhas de crédito parece elevar o endividamento, o que aumenta o risco sistêmico.

Outra alternativa regulatória é o chamado *stop list*. O *stop list* é um mecanismo regulatório previsto no artigo 56, parágrafos 3º a 6º, do *The Payment Services Regulations*, aprovado em 2009, no Reino Unido. Por meio dele, o prestador de serviços de pagamento tem o direito de interromper o uso do instrumento de pagamento, desde que: (1) informe ao titular do instrumento que pretende interromper seu uso; e (2) apresente suas razões para fazê-lo (ELLINGER; LOMNICKA; HARE, 2010, p. 675).

No Brasil, mecanismo semelhante poderia ser aprovado para evitar o endividamento cíclico ou o superendividamento. Propõe-se que a regulação brasileira tenha os seguintes parâmetros: O prestador de serviços de pagamento tem o dever de suspender o uso de um instrumento de pagamento, no caso em que haja riscos razoáveis de que o titular do instrumento de pagamento possa ser incapaz de cumprir sua obrigação de pagar, considerando a linha de crédito concedida; O prestador de serviços de pagamento deve, antes de executar quaisquer medidas para suspender o uso do instrumento de pagamento: (a) informar ao titular do instrumento de pagamento as razões que motivaram a suspensão; e (b) apresentar as suas razões para a suspensão; A prestação das informações previstas acima deve ser previamente acordada entre o prestador de serviços de pagamento e o titular do cartão de crédito e débito; e O prestador de serviços de pagamento deve permitir a utilização do instrumento de pagamento ou substituí-lo por um novo tão logo cessem as razões que motivaram a suspensão. Estes parâmetros sugeridos

Quando C1 estava adimplido, passavam a usar o salário para pagar os outros cartões e começavam a usar C1 para satisfazer as necessidades básicas (SCIRÉ, 2009, p. 102). Ressalta-se que, o estudo foi realizado antes do chamado fim do rotativo no cartão de crédito, por meio da Resolução CMN nº 4.549, de 26/1/2017, mas tem a relevância (1) de demonstrar como a expansão dos cartões tende a dissociar o trabalho do consumo e (2) como as camadas populares tendem a gerir sua sobrevivência em um viés de curto prazo, transmitindo de modo intergeracional a pobreza no Brasil.

29. Foge ao escopo deste artigo analisar se o mercado financeiro está usando a estratégia de afastamento da economia real por meio do mercado de pagamentos. Sobre fluxo real e financeiro do fluxo circular da economia, ver Lima Junior (2019, p. 256 e 257).

30. O índice mede distribuição, concentração e desigualdade econômica, a graduação vai da perfeita igualdade (0) até a perfeita iniquidade (1). Nesse sentido, ver: O GLOBO. **Concentração de renda aumenta e índice de Gini é o maior desde 2012, mostra pesquisa do IBGE**. Disponível em: <<https://oglobo.globo.com/economia/concentracao-de-renda-aumenta-indice-de-gini-o-maior-desde-2012-mostra-pesquisa-do-ibge-24020415>>. Acesso em: 5 nov. 2019.

acima têm o objetivo de evitar o endividamento cíclico dos titulares de cartão por meio da suspensão do instrumento de pagamento que esteja causando riscos à saúde financeira do titular do instrumento de pagamento.

Entende-se que o *stop list* poderia ser um dever das instituições que prestem serviços de pagamento, pois há potencial risco de conflito de interesses do emissor do cartão. O emissor do instrumento de pagamento é remunerado pelos juros do financiamento eventualmente concedido ao titular sempre que este deixe de pagar o valor integral da fatura, portanto, tendo em vista a ausência de incentivos econômicos para a execução do *stop list*, tal mecanismo regulatório poderia ter a natureza de um dever. Sem prejuízo do *stop list*, o modelo de aprovação de crédito e a educação financeira brasileira podem ser melhorados, buscando evitar as consequências sistêmicas do endividamento.

Considerações finais

Foi apresentado neste artigo uma análise macroeconômica e microeconômica da expansão dos pagamentos eletrônicos, em especial, os cartões de débito e de crédito, no Brasil. Buscou-se discutir como a expansão dos cartões de pagamento sobre outros instrumentos de pagamento pode gerar impactos sociais específicos, como o superendividamento das famílias. Indicou-se, ainda, que o trinômio de gestão de renda das camadas populares brasileiras parece estar se alterando para o *comportamento-crédito-consumo*, tanto por iniciativa do próprio mercado, quanto por mudanças regulatórias promovidas no país. Foi apresentado, por fim, possíveis parâmetros regulatórios para o chamado *stop list*, mecanismo por meio do qual o prestador de serviços de pagamento tem o direito de interromper o uso do instrumento de pagamento desde que: (1) informe ao titular do instrumento que pretende interromper seu uso; e (2) apresente suas razões para fazê-lo. Espera-se que o estudo possa contribuir para futuras investigações sobre o possível elo entre o mercado de pagamentos e o superendividamento no Brasil.

Referências

- ALCÂNTARA, Paulo Augusto Franco de. Inclusão financeira, consumo de crédito e o superendividamento pessoal no Brasil. In: PORTO, Antônio José Maristrello *et al* (org.). **Superendividamento no Brasil – v. 3**. Curitiba: Juruá, 2017.
- ALMEIDA, Pedro de; FAZENDEIRO, Paulo; INÁCIO, Pedro R. M. Societal risks of the end of physical cash. **Elsevier Futures**, v. 104, p. 47-60, 2018.
- ANTUNES, Ricardo. **O privilégio da servidão: o novo proletariado de serviços na era digital**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- BLOCK-LIEB, Susan; JANGER, Edward J. The myth of the rational borrower: rationality, behavioralism, and the misguided “reform” of bankruptcy law. **Texas Law Review**, v. 84, p.
-

1.481-1.565, 2006.

BRASIL, Banco Central do. **O brasileiro e sua relação com o dinheiro: pesquisa 2018**, 2018. Disponível em: <https://www.bcb.gov.br/htms/mecir/Apresentacao_brasileiro_relacao_dinheiro_2018.pdf>. Acesso em: 4/12/2019.

ELLINGER, E. Peter; LOMNICKA, Eva; HARE, Christopher V. M. **Ellinger's modern banking law**. Oxford: Oxford University Press, 2010.

EVANS, David S.; SCHMALENSEE, Richard. **Paying with plastic: the digital revolution in buying and borrowing**. Cambridge: MIT Press, 2005.

FANECO, Lívia Carvalho da Silva. **Superendividamento do consumidor: análise das decisões do Superior Tribunal de Justiça acerca do contrato de cartão de crédito**. 2016. 416 f. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2016.

JACHEMET, Bruna. **A regulação dos pagamentos eletrônicos: interoperabilidade e desafios jurídicos**. São Paulo: InHouse, 2018.

LIMA JUNIOR, João Manoel de. Introdução às instituições financeiras e sua regulação. *In*: PINHEIRO, Armando Castelar; PORTO, Antônio J. Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro (Coord.). **Direito e economia: diálogos**. Rio de Janeiro: FGV Editora, 2019.

MANN, Ronald J. **Payment systems and other financial transactions: cases, materials, and problems**. New York: Wolters Kluwer, 2016.

MONTENEGRO, Marina; CONTEL, Fábio. Financeirização do território e novos nexos entre pobreza e consumo na metrópole de São Paulo. **EURE**, Santiago, v. 43, nº 130, p. 115-139, 2017.

NEASF - Núcleo de Estudos Avançados de Regulação do Sistema Financeiro Nacional. **Policy paper series 02/2019**, 2019. Disponível em: <<https://diretorio.fgv.br/projetos/neasf>>. Acesso em: 4/12/2019.

NERI, Marcelo C. **A escalada da desigualdade: qual foi o impacto da crise sobre a distribuição de renda e a pobreza?**. Rio de Janeiro: FGV Social, 2019.

PORTO, Antônio José Maristrello; BUTELLI, Pedro Henrique. O superendividamento brasileiro: uma análise introdutória e uma nova base de dados. *In*: PORTO, Antônio José Maristrello *et al* (org.). **Superendividamento no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2015.

PORTO, Antônio José Maristrello; BUTELLI, Pedro Henrique. O endividamento das famílias brasileiras: primeiros resultados de uma *survey* nacional. *In*: PORTO, Antônio José Maristrello *et al* (org.). **Superendividamento no Brasil – v. 2**. Curitiba: Juruá, 2016.

PORTO, Antônio José Maristrello; SAMPAIO, Patrícia Regina Pinheiro. Perfil do superendividado brasileiro: uma pesquisa empírica. *In*: PORTO, Antônio José Maristrello *et al* (org.). **Superendividamento no Brasil – v. 2**. Curitiba: Juruá, 2016.

PORTO, Antônio José Maristrello; NOGUEIRA, Rafaela. As múltiplas noções de superendividamento: contribuições empíricas ao caso brasileiro. *In*: PORTO, Antônio José Maristrello *et al* (org.). **Superendividamento no Brasil – v. 3**. Curitiba: Juruá, 2017.

SANTOS, Flaviane Ramos de; PEREIRA, Claudinei da Silva. Do escambo ao pagamento por meio eletrônico: análise do mercado de cartões no Brasil. **Revista Geografia em Atos**, v. 3, nº 10,

p. 187-208, 2019.

SCIRÉ, Claudia D'Ipolitto de Oliveira. **Consumo popular, fluxos globais: práticas, articulações e artefatos na interface entre riqueza e pobreza**. 2009. 172 f. Dissertação (Mestrado em Sociologia) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009.

_____. Financeirização da pobreza: crédito e endividamento no âmbito das práticas populares de consumo. **Teoria & Pesquisa: Revista de Ciência Política**, São Carlos, v. 20, nº 1, p. 65-78, 2011.

TURISMO, Confederação Nacional do Comércio de Bens, Serviços e. **Pesquisa Endividamento e Inadimplência do Consumidor (PEIC): percentual de famílias com dívidas apresenta a quinta alta consecutiva em maio de 2019**, 2019. Disponível em: <http://cnc.org.br/sites/default/files/2019-06/An%C3%A1lise_Peic_maior_2019.pdf>. Acesso em: 4/12/2019.

VIDIGAL, Geraldo de Camargo. **Teoria geral do direito econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977.

ZANDI, Mark; SINGH, Virendra; IRVING, Justin. The impact of electronic payments on economic growth. **Moody's Analytics**, 2013.

ZANDI, Mark; KOROPECKYJ, Sophia; SINGH, Virendra; MATSIRAS, Paul. The impact of electronic payments on economic growth. **Moody's Analytics**, 2016.

ZERRENNER, Sabrina Arruda. **Estudo sobre as razões para o endividamento das pessoas de baixa renda**. 2007. 67 f. Dissertação (Mestrado em Administração) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

TERRITÓRIOS DE VULNERABILIDADE: O RISCO ENVOLVENDO O CUMPRIMENTO DE MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO NOS BAIROS RESTINGA E RUBEM BERTA

Ana Paula Motta Costa¹

Victória Hoff da Cunha²

RESUMO: O trabalho analisa o contexto territorial de adolescentes que sofreram homicídio na cidade de Porto Alegre. Diversos são os fatores de risco que submetem o sujeito à condição de vulnerabilidade. Alguns desses fatores, tais como a raça e o sexo, foram analisados no trabalho. Entretanto, os adolescentes dos bairros Restinga e Rubem Berta estão também submetidos a um contexto de conflito territorial, percebido a partir da impossibilidade de cumprir a medida em meio aberto em certos espaços da cidade. Essa territorialidade, quando desconsiderada por parte do poder público na gestão das medidas socioeducativas, vem associada ao risco de sofrer homicídio.

Palavras-chave: Adolescência, Homicídio, Território.

ABSTRACT: This paper analyses the territorial context of adolescents who suffered homicide in the city of Porto Alegre (Brazil). There are several risk factors that subject an individual to the condition of vulnerability. Some of these factors, such as race and gender, were analyzed in the article. However, the adolescents of Restinga and Rubem Berta neighborhoods are also subjected to a context of territorial conflict, perceived from the impossibility to complete the measure in certain territories of the city. This territoriality, when disregarded by the public authorities in the application of socio-educational measures, is associated with the risk of suffering homicide.

Keywords: Youth, Homicide, Territory.

1. INTRODUÇÃO

“Em 11 horas, oito pessoas mortas em Porto Alegre³” e “Porto Alegre é listada entre as

1. Advogada, Socióloga e Professora do Departamento de Ciências Criminais da Faculdade de Direito da UFRGS. Compõe o Programa de Pós-graduação em Direito da UFRGS, como Professora Permanente e Membro da Comissão Coordenadora. Também é Professora do Programa de Pós-graduação do Centro Universitário Ritter dos Reis. Coordenadora do Projeto de Pesquisa UFRGS/CNPQ “Observatório de Pesquisa em Juventude e Violência”. Atualmente, realiza pós-doutoramento em Criminologia e Justiça Juvenil junto ao Center for the Study of Law and Society (Berkeley Law) da Universidade da Califórnia, sob orientação Franklin Zimring.

2. Acadêmica de Direito da UFRGS, onde é bolsista de iniciação científica e monitora do Grupo de Pesquisa UFRGS/CNPQ “Observatório de Pesquisa em Juventude e Violência”, coordenado pela Prof^a Ana Paula Motta Costa.

idades mais violentas do mundo”⁴ são apenas algumas das manchetes veiculadas nos últimos anos em um dos jornais de maior circulação no Rio Grande do Sul, dando conta de um cenário vertiginoso de episódios de violência letal na capital gaúcha. A insegurança, muito presente no imaginário popular, apresenta-se de forma abstrata na vida das pessoas, nas ruas, esquinas e espaços públicos da cidade, ainda que a violência se concretize, na prática, em diferentes graus e formas de agressão à vida.

O risco de sofrer homicídio não é uma realidade que atinge a todos de maneira uniforme, nem se manifesta igualmente em relação a todo o território do município. O retrato da “juventude perdida”, como já definiu Cerqueira (2018), seria apenas um dos possíveis recortes, que vem motivando a investigação dessa que é uma das circunstâncias que se tem maior notícia em relação ao quadro de violência generalizada: a vulnerabilidade dos jovens e adolescentes enquanto vítimas de homicídio.

Assim, o presente trabalho analisa o contexto territorial de jovens e adolescentes de 12 a 21 anos, que sofreram homicídio, entre os anos de 2015 a 2018, na cidade de Porto Alegre. O objetivo da análise é identificar quem são os adolescentes assassinados, no que diz respeito à raça, sexo e histórico institucional, bem como analisar a forma como a proteção social foi efetivada nos espaços de maior vulnerabilidade. Nesse aspecto, a hipótese de que a medida socioeducativa não é capaz de garantir a inserção do adolescente em uma rede de proteção social efetiva remonta a outra pesquisa (CUNHA; COSTA, 2017) na qual foi possível identificar a “preferência” do grupo de adolescentes participantes pela medida em meio fechado. Isso porque a medida em meio aberto impõe uma rotina de entrada e saída das unidades que os submete ao risco de sofrer “emboscadas” por grupos rivais, havendo inclusive relatos de assassinatos ocorridos “na porta” das unidades de internação.

O trabalho foi realizado no âmbito do Observatório de Pesquisa em Juventude e Violência⁵, em parceria com a Secretaria de Saúde de Porto Alegre (SMSPA), recebendo aprovação na Plataforma Brasil após a tramitação nos Comitês de Ética da UFRGS e da SMSPA. Para dar cabo ao proposto, foram analisados dados quantitativos, fornecidos pelo Sistema de Informação de Mortalidade (SIM) e pelo Sistema Interno de Assistência Social (SIAS)⁶, e dados qualitativos colhidos em entrevistas semi-estruturadas, realizadas com as equipes de proteção social responsáveis acompanhamento das medidas nos territórios de maior vulnerabilidade.

O primeira parte do artigo introduz a relação existente entre o território e o sistema de responsabilização juvenil, analisando a natureza e o conteúdo das medidas socioeducativas em meio aberto enquanto intervenções pautadas a partir do diálogo estabelecido com os referenciais

3. ZERO HORA, Em 11 horas, oito pessoas mortas em Porto Alegre. Publicado em: 29.03.2018. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/03/em-11-horas-oito-pessoas-mortas-em-porto-alegre-jfd8xhfz033n01phgqblweig.html>. Acesso em: 24 Jun 2019.

4. ZERO HORA, Porto Alegre é listada entre as cidades mais violentas do mundo. Publicado em: 02.04.2017. Disponível em: <https://gauchazh.clicrbs.com.br/seguranca/noticia/2018/03/em-11-horas-oito-pessoas-mortas-em-porto-alegre-cjfd8xhfz033n01phgqblweig.html> Acesso em: 24 Jun 2019.

de vida do adolescente. Na segunda parte do artigo, são apresentados os dados colhidos na etapa empírica, seguido pela análise dos contextos territoriais onde foi verificada a maior incidência de homicídios entre adolescentes. Assim, foi possível avaliar de que forma o cumprimento da medida socioeducativa em meio aberto contribuiu com a vulnerabilização dos sujeitos da pesquisa.

Considerando que todos os indivíduos, em alguma medida, são afetados por contingências sociais, vale ressaltar que a caracterização de um padrão de vulnerabilidade está condicionada à verificação de condições de vida que inviabilizam o enfrentamento da violência por parte do sujeito. Assim, considerando que a infância e a adolescência são períodos de alta fragilidade no que diz respeito à efetivação de direitos humanos fundamentais, a análise proposta parte do pressuposto de potencialidade do sistema de proteção social no amparo da adolescência em conflito com a lei. Espera-se que resultados expostos a seguir possam contribuir com o aperfeiçoamento dessa forma de intervenção.

2. ADOLESCÊNCIA, TERRITÓRIO E O CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO

No Brasil, o cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto é regido pela Constituição Federal de 1988, que, em seus artigos 227 e 228, assegura a proteção integral das crianças e adolescentes por intermédio de um sistema de garantias e direitos fundamentais que não contam como limites legais de efetivação. Esses dispositivos constitucionais orientam as diretrizes da Lei nº 8.069/1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente ou ECA) e da Lei 12.594/12 (Sistema Nacional de Atendimento Socioeducativo ou SINASE), que vêm a concretizar, a nível infraconstitucional, a opção do ordenamento jurídico brasileiro pela Doutrina da Proteção Integral (COSTA, 2011).

A Doutrina da Proteção Integral introduz a figura do adolescente como sujeito pleno de direitos. Esse sistema é descrito por Saraiva (2002) na forma de três níveis de garantias de titularidade de todos os segmentos da infância e da adolescência. O primeiro nível de garantias refere-se a direitos humanos fundamentais de eficácia direta. O segundo nível de garantias prevê o direito de proteção especial, voltado aos adolescentes que tiveram seus direitos violados em razão de negligência ou violência. Por fim, o terceiro nível destina-se aos adolescentes que cometeram atos infracionais, e garante a responsabilização perante um sistema penal especial.

5. O Observatório de Pesquisa em Violência e Juventude é um Grupo de Pesquisa da UFRGS, vinculado ao Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) coordenado pela Profª Ana Paula Motta Costa.

6. O SIM é uma base de dados mantida pela SMSPA relativa aos óbitos ocorridos na cidade. O SIAS, por sua vez, é alimentado pela Fundação de Assistência Social e Cidadania (FASC), e mantém informações a respeito da utilização dos serviços de proteção social e cumprimento de medidas em meio aberto por parte da população. A partir dessas duas bases, foi possível produzir um banco de dados (amostra) dos homicídios ocorridos em Porto Alegre nos anos de 2015 a 2018, e, assim, traçar o perfil dos adolescentes vitimados, bem como identificar as interfaces que existiam entre esses e o sistema de proteção social no que diz respeito ao cumprimento de medidas em meio aberto.

Embora seja estabelecida a distinção entre a intervenção protetiva e a intervenção decorrente do cometimento de atos infracionais, a ordem jurídica constitucional determina a realização dessa última a partir do reconhecimento da condição peculiar de desenvolvimento do adolescente (BELOFF, 1999, p. 18-19). Por esse motivo, o ECA prevê que a responsabilização deve ocorrer pela aplicação de medidas socioeducativas de natureza sancionatória e conteúdo predominantemente socioeducativo, efetivado a partir do resgate de direitos sociais (art. 1º, §2º, II da SINASE) e do desenvolvimento da autonomia do sujeito autor do ato infracional (art. 1º, § 2º, I e III da SINASE). Assim, a medida socioeducativa tem por finalidade organizar os referenciais de vida do adolescente, auxiliar no desenvolvimento do senso de responsabilidade em relação a própria vida, bem como permitir a compreensão dos desdobramentos individuais e coletivos da conduta infracional (COSTA, 2014).

A materialização do conteúdo socioeducativo ocorre a partir da elaboração do Plano Individual de Atendimento (PIA). A modulação desse instrumento, previsto na Lei 12.954/SINASE, perpassa pela identificação de quem é o adolescente e sua família, o histórico de institucionalizações, bem como o reconhecimento de perspectivas e a previsão de metas a serem atingidas. As articulações institucionais promovidas por esse planejamento devem ser capazes de inserir o adolescente em uma rede de proteção social capaz de efetivar direitos e garantias fundamentais. Dessa forma, o PIA funciona como um pacto lavrado entre o Estado, o adolescente e sua família, em que esse participa como protagonista, e compromete-se com as estratégias de intervenção traçadas (COSTA, 2014).

O conteúdo socioeducativo é especialmente relevante para as medidas aplicadas por intermédio de programas de execução em meio aberto, que se caracterizam pela ausência de restrição na liberdade do sujeito. Diferente da internação, as medidas em meio aberto exigem que o adolescente se desloque da sua residência até os Centros de Referência Especializada em Assistência Social (CREAS), onde ele realiza atividades sob o acompanhamento das equipes de assistência social especializada. Essa característica confere à medida em meio aberto o maior potencial de efetivar os objetivos previstos ao art. 1º, § 2º, I, II e III do SINASE, ao viabilizar que o adolescente tenha acesso aos equipamentos públicos de proteção social da sua região. O meio aberto também possibilita que o adolescente desenvolva as atividades da medida de maneira contextualizada, apropriando-se das circunstâncias do seu meio.

A execução das medidas socioeducativas em meio aberto ocorre a partir da articulação da rede de proteção social básica e especializada do município. A rede de proteção social, por sua vez, assume a forma de uma política pública de caráter não contributivo, estruturada a partir da oferta de serviços socioassistenciais para pessoas em situação de vulnerabilidade (JACCOUD, 2009). Essa última consiste na condição experimentada pelo sujeito que se encontra exposto a diferentes formas de agressão à vida, e que não pode, por meio dos seus próprios recursos, proteger-se da agressão. A agressão assume diferentes formas, podendo se manifestar a partir de processos de isolamento, estigmatização e exclusão dos indivíduos, atingindo com a violência

letal seu grau máximo (SPOSATI, 2009).

A proteção social posiciona-se no campo da defesa da vida em sentido biológico e relacional. No caso dos adolescentes, diversos estudos sociais tem apontado os jovens negros, do sexo masculino e habitantes de bairros periféricos como as principais vítimas de homicídio (MINAYO & SOUZA, 2003; LEMGRUBER, 2006). Na América Latina, já se fala em *juvenecidio* como a “condição limite na qual se assassina setores ou grupos específicos da população jovem”, em outras palavras, um processo de construção de identidades desacreditadas que culmina na geração de “corpos territoriais juvenis como âmbitos privilegiados da morte” (VELANZUELA, 2005 – tradução própria).

A experiência social de ser jovem não é experimentada da mesma maneira por todos os indivíduos, o que pode ser percebido pelo fato da violência letal não atingir a todos os setores da juventude com a mesma intensidade. Assim, é possível que para os adolescentes em conflito com a lei a vulnerabilidade se manifeste em trajetórias de vida marcadas pelo maior risco de sofrer homicídio. Nesses casos, o cometimento de atos infracionais e a consequente intervenção por parte do poder público pode aproximar o adolescente de contextos de violência e violação de direitos e garantias fundamentais.

O acompanhamento das medidas em meio aberto deve ocorrer a partir da identificação de recortes espaciais que delimitem conjuntos de adolescentes em situação de vulnerabilidade similar, para que seja possível pautar a intervenção social a partir das demandas concretas dos adolescentes que vivem em um determinado contexto espacial. O “elemento territorial” - como é referido na própria Lei Orgânica da Assistência Social - é essencial em contextos sociais marcados pela heterogeneidade no espaço, o que vem a ser uma realidade muito forte no Brasil (BRASIL, 2004).

Um conceito de território adequado para compreender as dinâmicas sociais atinentes a violência letal é aquele proposto por Hasbaert (2011; 2014; 2017) e Souza (2018). Esses autores consideram que o território surge a partir da dominação estabelecida por grupos que tomam parte nas relações de poder de um determinado contexto espacial (SOUZA, 2018). O sentido de poder aqui utilizado não está necessariamente associado ao exercício da violência ou da repressão: constitui-se, antes de tudo, no processo de organização do espaço, podendo assumir formas heterônomas, decorrentes da dominação de indivíduos, modelo este que dificilmente renunciará ao auxílio sistemático da violência, ou formas autônomas, que existem na medida em que a coletividade é capaz de estabelecer, conjuntamente, a organização do espaço (SOUZA, 2018).

A definição mais tradicional de território é aquela que está associada a dominação de grupos e a delimitação de fronteiras. Com o passar do tempo, alguns autores passaram a priorizar também a dimensão simbólica do território, através do reconhecimento de que o controle espacial estaria associado ao surgimento de identidades territoriais. Essa relação material-idealista é articulada a partir dos conceitos lefebvreanos de “dominação” e “apropriação”⁷, associando-se ao controle do espaço o desenvolvimento de identidades socialmente compartilhadas e de sentidos

de pertencimento (HASBAERT, 2017).

Em um mundo habitado por grupos e indivíduos de interesses divergentes, o controle do processo de produção do espaço garante a reprodução de determinadas formas de poder social (HARVEY, 2008). Múltiplos são os atores que, ao exercer poder, são capazes de territorialização, o que caracteriza, tão logo, a multiplicidade de territórios, circunstância em que toda a forma de poder exercida no espaço é potencialmente uma fonte de territorialidade. Na contemporaneidade, em razão do fenômeno de compressão do espaço-tempo, tal realidade é vivenciada de forma simultânea e sucessiva pelos sujeitos, impondo uma vinculação hierárquica e multiescalar às diferentes territorialidades que o submetem (HASBAERT, 2014).

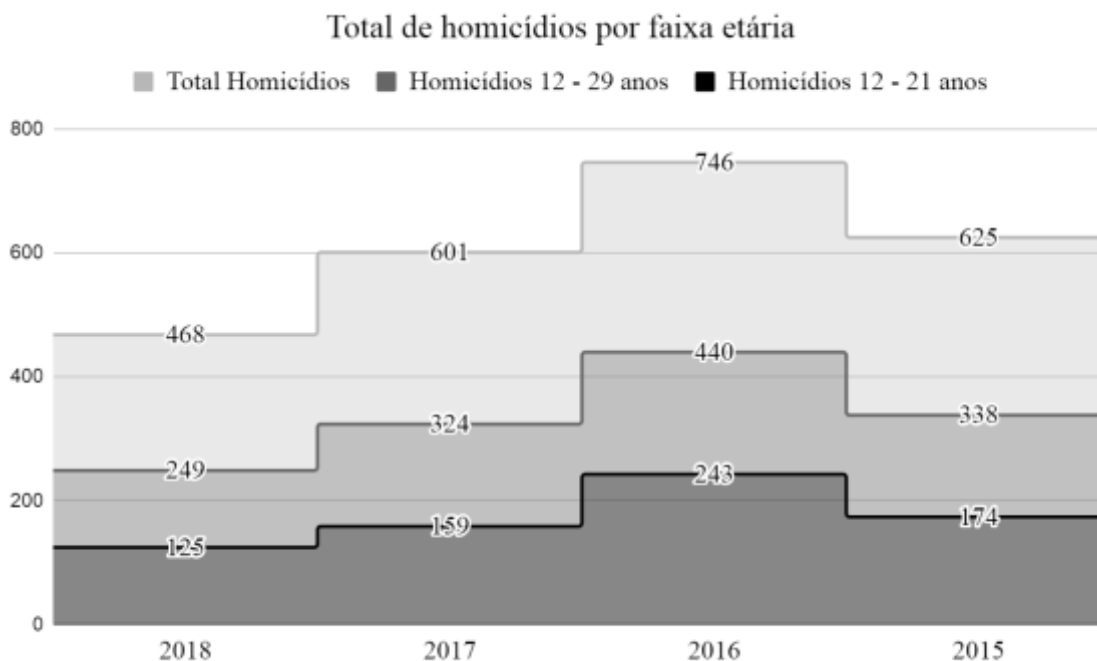
É possível que os adolescentes em conflito com a lei - e especialmente aqueles envolvidos com o tráfico de drogas - estejam submetidos a uma realidade de multiterritorialidade e multipertencimento territorial. Essa realidade surge das práticas espaciais vinculadas a diferentes formas de organizar o espaço, dadas a partir do exercício de poder por grupos fortalecidos em um dado contexto socioespacial. A multiterritorialidade deve ser apreendida pelo poder público na execução das medidas em meio aberto, tornando possível o diálogo com os referenciais de vida dos sujeitos e a efetivação de direitos e garantias fundamentais.

2. ADOLESCÊNCIA EM CONFLITO: O RISCO NO CUMPRIMENTO DAS MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS EM MEIO ABERTO

Em Porto Alegre, quem mais morre são os jovens, negros do sexo masculino. Os dados do Sistema de Informação sobre a Mortalidade (SIM) demonstram que mais da metade de todos os homicídios entre 2015 e 2018 foram cometidos contra indivíduos na faixa etária dos 12 aos 29 anos, totalizando, apenas no ano de 2016, 440 mortes, o equivalente a mais de 1 jovem assassinado por dia. Os adolescentes de 12 a 21 anos representam em torno da metade dos homicídios cometidos contra jovens no mesmo período, totalizando apenas em 2016 243 casos - o que corresponde a morte de 1 adolescente a cada 2 dias. Ao todo, 701 adolescentes foram vítimas de homicídio entre 2015 e 2018 em Porto Alegre. Ser jovem é, portanto, estar submetido ao maior risco de sofrer homicídio.

Figura 1: Total de homicídios por faixa etária

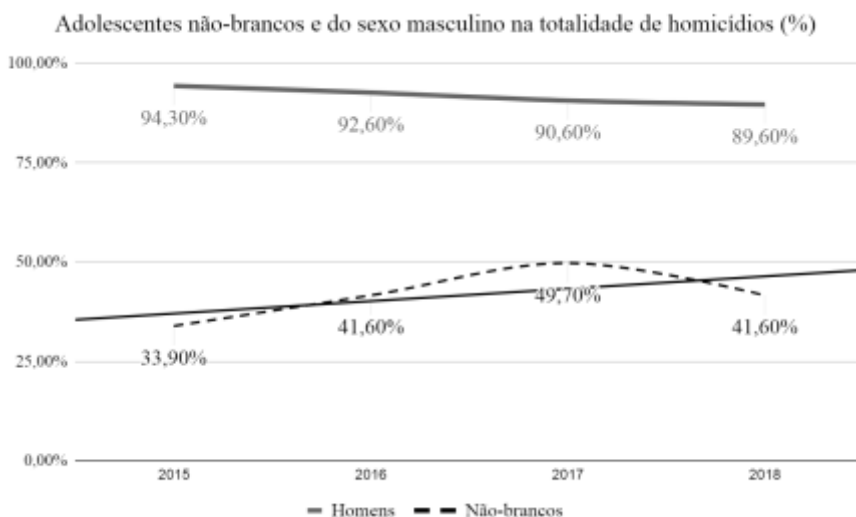
7. Lefebvre fornece a base para essa compreensão do conceito de espaço socialmente construído, que corresponde, para além de sua dimensão física, àquilo que é apreendido pelo sujeito (LEFEBVRE, 1991, p. 26, tradução nossa). Ele surge a partir de três dimensões: a “prática espacial”, relativa à produção material no espaço, que corresponde ao “espaço percebido” pelo sujeito; a “representação do espaço”, que se refere à produção do conhecimento sobre o espaço, dando origem ao “espaço concebido”; e, por fim, o “espaço de representação”, que se relaciona a produção de significado, condicionando o “espaço vivido” pelo sujeito (SCHMID, 2012, p. 91-103).



Fonte: SIM/Prefeitura de Porto Alegre - elaboração própria.

Os homicídios foram cometidos majoritariamente contra indivíduos do sexo masculino, e, proporcionalmente, vitimam mais os adolescentes negros. Considerando que 79,23% da população de Porto Alegre se considera branca (IBGE, 2010), a tendência normal seria verificar a incidência de homicídios entre pessoas brancas nessa mesma faixa percentual. Contudo, o que se verifica é que a incidência de homicídios entre adolescentes não-brancos é altamente representativa, e tendente a aumentar. Registra-se, inclusive, a equivalência de vítimas brancas e não-brancas em 2017, totalizando 79 homicídios cada, muito embora a população não-branca represente pouco mais de 20% da população

Figura 2: Representação dos adolescentes não-brancos e do sexo masculino em relação à totalidade de homicídios (%)



Fonte: SIM/Prefeitura de Porto Alegre - elaboração própria.

Em relação ao ano de 2018, é necessário considerar que os dados obtidos junto ao SIM são ainda parciais, de modo que o percentual de adolescentes não-brancos vitimados pode ser ainda maior do que o registrado até então. Ainda assim, no que diz respeito a representação dos adolescentes não-brancos, o gráfico apresenta uma linha de tendência ascendente, que vem acompanhada por uma curva descendente da representação dos homens na totalidade das vítimas.

Quanto a distribuição espacial dos homicídios em Porto Alegre, a maior incidência absoluta e percentual de homicídios é verificada no Rubem Berta: apenas nesse bairro foram registradas 72 ocorrências, representando em torno de 10,3% dos 701 assassinatos registrados no período. Em seguida, tem-se a Restinga com 60 homicídios registrados, o que equivale a 8,6% dos casos. Após, verificam-se as maiores incidências em relação aos bairros Bom Fim, com 58 homicídios (8,3%), Cristo Redentor, com 53 homicídios (7,6%), Santa Tereza, com 41 homicídios (5,8%), Lomba do Pinheiro, com 38 homicídios (5,4%), Sarandi, com 32 homicídios (4,6%), Vila Nova, com 26 homicídios (3,7%) e, por fim, Cascata, com 20 homicídios (2,9%).

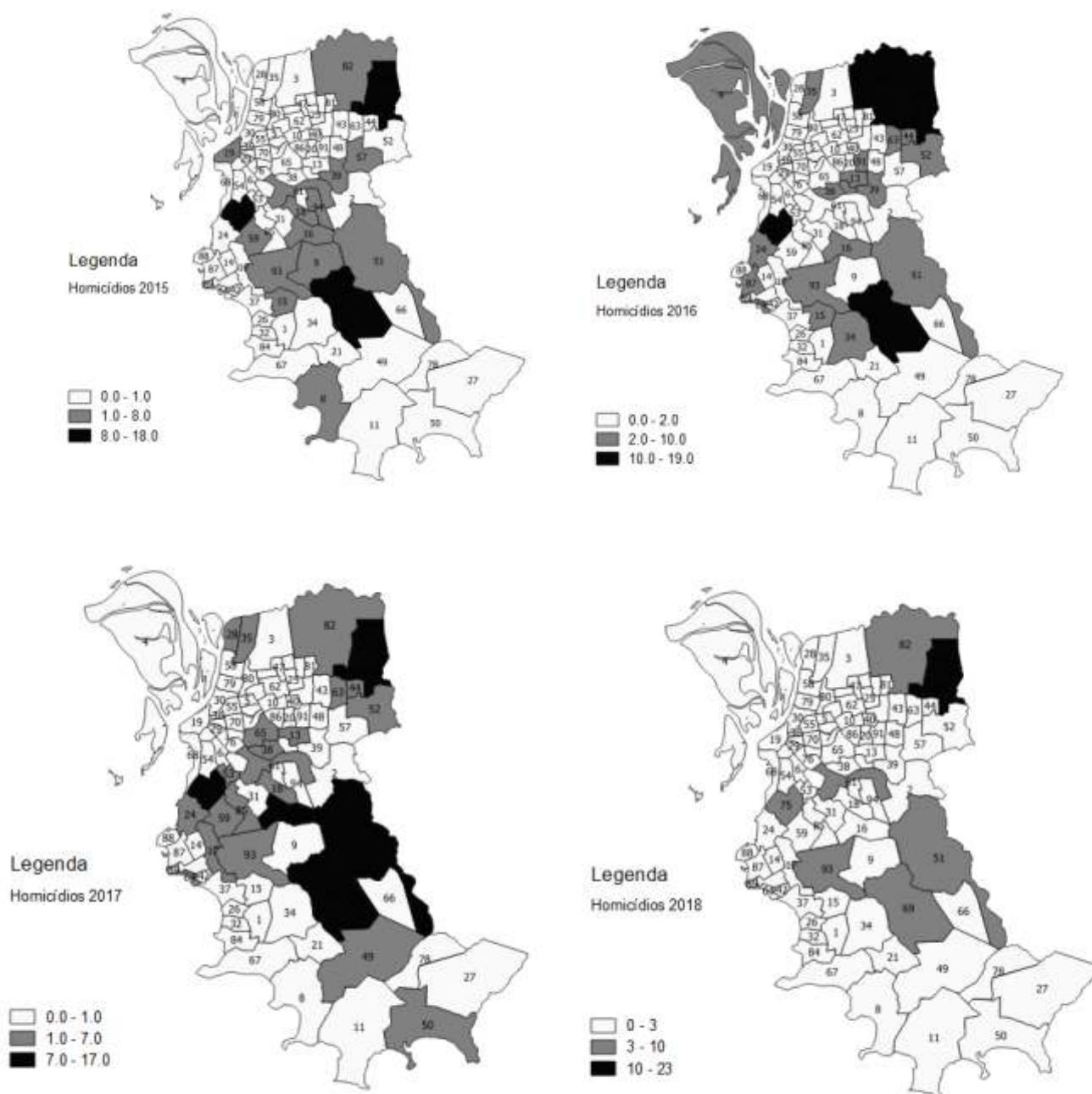
Os dados fornecidos pela Prefeitura apresentam outra variável determinante em relação ao local de ocorrência dos homicídios: as mortes registradas nos bairros Bom Fim e Cristo Redentor foram consumadas em hospitais. Isso significa que as vítimas foram transportadas a estes locais após sofrer a agressão homicida, recebendo socorro médico nos estabelecimentos de referência da região: o Hospital Pronto Socorro e Hospital Cristo Redentor. Assim, não é possível considerar que nesses bairros os adolescentes estão submetidos ao risco de sofrer homicídio: pelo contrário, o fato dos homicídios terem se consumado em hospitais, e não em residências ou vias públicas como nos demais casos, é um indicativo de que essas mortes foram assistidas pelo poder público em alguma medida.

Essa circunstância torna mais clara a diferença existente entre os conceitos de bairro e território. O bairro é uma regionalização, que é produto da divisão política do município proposta pelo poder público. No caso de Porto Alegre, a regionalização é determinada pela Lei nº 12.112/2016. Já o território é um produto das relações de poder verificadas no espaço. A cidade, por outro lado, enquanto palco de processos paralelos de polarização, deixa de corresponder ao mosaico ideal de bairros, constituídos a partir das centralidades específicas de um determinado período, para se tornar uma estrutura complexa e fragmentada, de modo que o território, dinâmico por natureza, nem sempre corresponderá à regionalização ou à divisão política de bairros (SOUZA, 2018).

No caso da Restinga e do Rubem Berta, o número absoluto de homicídios consumados em via pública e domicílio ultrapassam o total de mortes registradas em hospitais nos bairros Bom Fim e Cristo Redentor. Os primeiros são, portanto, territórios de vulnerabilidade, em que os homicídios são um produto do conflito territorial estabelecido entre grupos que exercem o poder no espaço – em especial, os grupos envolvidos com o tráfico de drogas. De modo diverso, não é possível considerar que existe vulnerabilidade no Bom Fim e no Cristo Redentor, pois esses são

apenas bairros para onde os adolescentes são levados após sofrer a agressão.

Figura 3: Mapas dos Territórios de Vulnerabilidade.



Bairros e territórios tampouco obedecem às mesmas delimitações físicas, de modo que não é possível representá-los espacialmente da mesma maneira. Nesse sentido, o que

condicionou-se denominar de “Rubem Berta” na Figura 3 corresponde, em realidade, a uma junção do bairro Rubem Berta, Santa Rosa de Lima e Costa e Silva, na forma determinada pela Lei nº 12.112/2016. A análise revelou que os homicídios dos bairros Santa Rosa de Lima e Costa e Silva ocorreram em pontos no espaço situados nos limites do bairro Rubem Berta, indicando que essas mortes fazem parte de um mesmo contexto territorial. A hipótese é corroborada pelo fato de que a Lei nº 12.112/2016, ao imprimir uma nova divisão oficial de bairros ao município de Porto Alegre, determinou a subdivisão de toda a região que antes correspondia ao Rubem Berta nos bairros Parque Santa Fé, Costa e Silva, Jardim Leopoldina e Santa Rosa de Lima.

No que diz respeito ao cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto, das 60 vítimas de homicídio mortas na Restinga, 51 (85%) tiveram contato com o sistema de proteção social, e 29 (48,3%) cumpriram medida socioeducativa. No Rubem Berta, dos 72 adolescentes que sofreram homicídio, 21 (43,1%) tiveram contato com o sistema de proteção social, e apenas 15 (20,8%) cumpriram medida. No caso da Restinga, houve apontamento de alguns casos de "desligamento por óbito", indicando que a medida foi extinta em razão do falecimento do adolescente durante o cumprimento, e de "impossibilidade de circular pelo bairro", representando a situação do adolescente que não consegue se deslocar até o Centro de Referência para cumprir a medida.

Os dados quantitativos, portanto, não demonstram de forma clara que o cumprimento das medidas oferece risco para os adolescentes. Os dados qualitativos, obtidos a partir das entrevistas realizadas com as equipes dos CREAS, por outro lado oferecem um panorama diferente. A primeira circunstância apontada pelas equipes foi de que o Sistema Interno da Assistência Social (SIAS) não é confiável: trata-se de uma base de dados carente de atualização. Assim, é possível que um número muito maior de adolescentes que sofreu homicídio tenha tido contato com alguma interface do sistema de proteção social. A segunda circunstância apontada esclarece o sentido de "impossibilidade de circulação": ocorre que os CREAS são distribuídos na cidade de acordo com as regiões do Orçamento Participativo, de modo que cada região conta com um Centro de Referência para atender a todos os adolescentes com residência naquela área. Contudo, as regiões são extensas, abrigando mais de um bairro e diversos territórios: assim, para chegar ao Centro de Referência, o adolescente muitas vezes é obrigado a circular por espaços da cidade onde existem grupos hostis a presença dele.

As regiões do Orçamento Participativo são representações do espaço que não seguem as delimitação dos territórios vividos pelos adolescentes, em especial, os territórios que surgem do exercício de poder por parte de grupos envolvidos com o tráfico de drogas. Por esse motivo, em razão da adoção dessa forma de representar o espaço na gestão das medidas em meio aberto, o adolescente muitas vezes não consegue cumprir a medida, pois isso significa ter que frequentar espaços onde existe o risco dele vir a ser assassinado. Isso é ilustrado pela terceira circunstância apontada, de que a maioria dos adolescentes morre antes de conseguir ser acolhido pelos CREAS, ou então evade o sistema de proteção social. Uma parte morre durante o cumprimento, ou então

logo após terminar de cumprir a medida.

Por fim, a quarta circunstância apontada pelas equipes é que os Centros de Referência e o Poder Judiciário já operam a transferência de adolescentes quando existe risco de sofrer homicídio. Nesses poucos casos, quando o adolescente ou a família dele se sente ameaçados no território de cumprimento da medida, realiza-se a transferência de unidade ou até mesmo de município. Para os casos em que o adolescente recebe uma ameaça mais grave, a rede de proteção social busca acionar o Programa de Proteção de Crianças e Adolescentes Ameaçados de Morte (PPCAAM); porém, trata-se de um recurso de baixa adesão.

A transferência é identificada pelos próprios servidores como sendo uma "medida paliativa", que nem sempre é capaz de prevenir a agressão. Nesse sentido, uma das entrevistadas refere que "[a transferência] não resolve né, a gente sabe também, porque, se eles tão procurando ele, no momento que ele pegar um ônibus para ir lá pra Restinga, que seja, para cumprir a medida, nessa circulação ele tá em risco." Mesmo no âmbito judicial, em que as transferências são realizadas a pedido do adolescente, antes da execução da medida, é comum que estes sejam direcionados ao CREAS Centro. Nesse sentido, refere uma servidora entrevistada que "uma colega do centro questiona, e eu concordo: mandar pro Centro não resolve, porque no centro é onde eles encontram mais gente, ficam mais na vitrine ainda".

O risco no cumprimento da medida manifesta-se na necessidade de transferência dos adolescentes para outras regiões da cidade, vindo estes a falecer nestas outras regiões ou mesmo após desvincularem-se do cumprimento da medida. As mortes, a evasão e o não comparecimento nas sessões de acolhimento são igualmente um sintoma da existência do risco de sofrer homicídio. Nesse sentido, refere uma servidora que "a gente nem chega a conhecer né, porque eles já sabem que tão em risco e nem saem de casa", relatando que, em uma oportunidade em que estava realizando a busca ativa de um adolescente que não se apresentava mais ao CREAS, foi informada pela mãe que o mesmo "não teria como se apresentar por que tinha morrido na semana passada".

A abordagem dos CREAS segue, portanto, uma regionalização que deixa de reconhecer os limites impostos pelas dinâmicas territoriais próprias ao contexto de vida do adolescente. Assim, ainda que não possa ser considerada um fator de risco vinculante, a medida socioeducativa em meio aberto, ao deixar de prever mecanismos de adequação em relação ao território do sujeito, apresenta dificuldades em seu cumprimento que vão de encontro à proposta socioeducativa, oferecendo risco à segurança e ao bem estar do adolescente que sofre a intervenção.

3. CONCLUSÃO

A violência verificada nos bairros Restinga e Rubem Berta é estrutural, na medida em que mais da metade de todos os adolescentes que foram assassinados em Porto Alegre tinham suas

vivências vinculadas a estes contextos espaciais. A variável do local de morte, que vincula os homicídios à rua ou às próprias residências dos adolescentes, indica que os assassinatos decorrem de um conflito que não é assistido pelo poder público municipal através dos equipamentos de proteção básica e especial instalados nos territórios. Esta circunstância, tomada como critério para o mapeamento da cidade, destaca esses espaços enquanto territórios constituídos a partir da ocorrência sistemática de agressão à vida em sua forma mais elementar, qual seja, a biológica, associada à reprodução do estigma sobre jovens, negros e moradores de bairros periféricos.

O que se depreende dos relatos das equipes de assistentes sociais é que a vivência no espaço absoluto dos bairros Restinga e Rubem Berta não vem desacompanhada de tudo aquilo que o adolescente experimentou ao longo de sua trajetória de vida: a distância entre dois pontos no espaço – a distância entre a casa do adolescente e o local onde este deve cumprir a medida socioeducativa - pode demandar que o este percorra caminhos diversos, configurando geometrias distintas, se este necessitar, por exemplo, evitar determinados locais por se sentir ameaçado, em razão de uma experiência violenta no passado ou de outra que ainda possa vir a se concretizar.

A intervenção proposta pela medida em meio aberto parece ser desenvolvida para o adolescente que idealmente frequenta a escola, realiza estágio e está adquirindo uma nova visibilidade perante a comunidade. Estas condições, contudo, raramente correspondem ao que de fato é vivenciado pelo adolescente. Nesse sentido, mesmo em relação àqueles que não estão envolvido com o tráfico, a diferenciação entre aqueles que “pertencem” e “não pertencem” a um determinado território gera violência quando esses limites são desrespeitados. Por outro lado, os adolescentes envolvidos com o tráfico de drogas experimentam de forma mais intensa a multiterritorialidade e o multipertencimento territorial, na medida em que precisa adequar suas práticas espaciais e a circulação às fronteiras advindas do exercício de poder pelos grupos organizados em torno da atividade.

As mortes desses sujeitos são invisíveis ao sistema, o que pode ser percebido principalmente pela carência de atualização das base de dados quantitativos utilizados na pesquisa. A defasagem condiciona a sub-representação das mortes de adolescentes no número total de homicídios, impedindo a compreensão da real dimensão do problema. Também, a forma como os homicídios são espacialmente representados pelo poder público municipal – conforme a Lei 12.112/2016 – dificulta o reconhecimento dos espaços da cidade onde existe maior vulnerabilidade. O fato do Bom Fim e do Cristo Redentor serem apontados no SIM como bairros de maior incidência de homicídios é um indicativo dessa invisibilidade: os muitos locais onde de fato foram perpetuadas as agressões são desconhecidos, o que dificulta a distribuição territorializada dos equipamentos públicos de proteção social na cidade.

A conclusão que pode ser obtida a partir da análise dos dados coletados é a de que o cumprimento das medidas socioeducativas em meio aberto pode submeter o adolescente ao risco de sofrer homicídio se não dialogar com os territórios que vinculam o sujeito. É possível

perceber um esforço de adaptação por parte dos CREAS e do poder judiciário em oferecer respostas a essas situações de risco enfrentadas pelo adolescente, ainda que não a nível de política institucional. Assim, na medida que o poder público for incapaz de reconhecer a existência da territorialidade, estará colocando em risco a vida dos adolescentes que cumprem medidas socioeducativas em meio aberto, invertendo a lógica de proteção social ampla e especializada que deveria pautar essa forma de intervenção.

REFERÊNCIAS

- BELOFF, Mary. **Modelo de la Protección Integral de los derechos Del niño y de la justicia irregular: un modelo para armar y otro para desarmar**. In: Justicia e Derecho Del Niño. Santiago/Chile: UNICEF, 1999.
- CERQUEIRA, Daniel. et al. **Atlas da Violência 2018**. Rio de Janeiro: Fórum Brasileiro de segurança pública. 2018.
- CIPRIANI, Marcelli. **Segregação Sócio-espacial e territorialidades do tráfico de drogas: as “facções criminais” diante do espaço urbano**. Revista Conversas e Controvérsias, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 5–28, 2017.
- COSTA, Ana Paula Motta. **Metodologia de trabalho com medidas socioeducativas em meio aberto a serem executadas junto ao sistema único de assistência social (SUAS)**. In: (org.). Execução das Medidas Socioeducativas. Florianópolis: IMED Editora, 2014-b.
- COSTA, Ana Paula Motta. **Os Adolescentes e seus Direitos Fundamentais: Da Invisibilidade à Indiferença**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- CUNHA, Victória Hoff da; COSTA, Ana Paula Motta. **Do zigue-zague à subcidadania: trajetórias de (des)territorialização e violação de direitos humanos dos jovens que cumpriram medida socioeducativa de internação na cidade de Porto Alegre**. Revista de Direito da Cidade, Rio de Janeiro: 2017, vol. 09, nº 1. p. 117- 135.
- CUNHA; Victória Hoff da; COSTA, Ana Paula Motta. **Territórios De Vulnerabilidade: O Risco Envolvendo O Cumprimento De Medidas Socioeducativas Em Meio Aberto Nos Bairros Rubem Berta E Restinga**. Porto Alegre: Lume UFRGS, 2019. Disponível em: <https://lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/200027/001100420.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 30 Out 2019.
- HARVEY, David. **A condição pós-moderna**. Tradução de Adail Ubirajara Sobral e Maria Estela Gonçalves São Paulo: Edições Loyla, 17 ed, 2008.
- _____, David. **O espaço como palavra-chave**. In: CASTREE, N.; GREGORY, D. (org.). David Harvey: a critical reader. Malden e Oxford: Blackwell. Tradução para o português de Letícia Gianella. Texto cedido para Revista EM PAUTA, Rio de Janeiro: 2015. n. 35, v. 13, pp. 126–152.
- HASBAERT, Rogério. **O mito da des-territorialização: do “fim dos territórios” à**
-

- multiterritorialidade**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 6 ed., 2011.
- _____, Rogério. **Territórios Alternativos**. São Paulo: Editora Contexto, 3 ed., 2017.
- _____, Rogério. **Viver no limite: território e multi-transterritorialidade em tempos de in-segurança e contenção**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2014.
- JACCOUD, Luciana. **Proteção Social no Brasil: debates e desafios**. In: **Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO, 2009.
- LEFEBVRE, Henri. **The production of space**. Tradução para o inglês de Donald Nicholson-Smith. Cambridge: Basil Blackwell, 1991.
- LEMGRUBER, Julita. **Os números da violência**. In: MENDES, Candido & FEGHALI, Jandira. Reflexões sobre a violência urbana: (in)segurança e (des)esperanças. Rio de Janeiro: Mauad X, 2006.
- MINAYO, Maria Cecília de Souza. **A violência dramatiza causas**. In: MINAYO, Maria Cecília de Souza & SOUZA, Edinilsa Ramos de. (orgs.). **Violência sob o olhar da saúde: a infrapolítica da contemporaneidade brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Fiocruz, 2003.
- SARAIVA, João Batista Costa. **Desconstruindo o Mito da Impunidade: Um ensaio de Direito Penal Juvenil**. Brasília : Saraiva, 2002.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. **Os Conceitos Fundamentais da Pesquisa Sócio-espacial**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2018.
- SPOSATI, Aldaíza. **Modelo Brasileiro de Proteção Social Não Contributiva: Concepções Fundantes**. In: **Concepção e gestão da proteção social não contributiva no Brasil**. Brasília: Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, UNESCO, 2009.
- VALENZUELA, José Manuel. **Remolinos de viento: juvenecidio e identidades desacreditadas**. In: VALENZUELA, José Manuel (Org.). **JUVENECIDIO: Ayotzinapa y las vidas precarias en América Latina**. Biblioteca de Infancia y Juventud: Ned Ediciones, 2005.
- WASELFISZ, J.J. **Mapa da Violência 2015: Mortes Matadas por Arma de Fogo**. São Paulo/Brasília, FLACSO/CEBELA, 2015.

PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

César Ferreira Mariano da Paz¹

RESUMO: O artigo referente ao princípio da dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro tem por objetivo analisar o sistema prisional brasileiro e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. A metodologia utilizada para este estudo caracteriza-se pela pesquisa de revisão bibliográfica. Portanto, foi possível o entendimento de que, para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja estabelecido no sistema prisional brasileiro evidencia a necessidade de mudança em relação ao sistema prisional, com novas políticas públicas de maneira a possibilitar a reinserção das pessoas privadas de liberdade na sociedade, de maneira positiva, para possibilitar a sua participação ativa como sujeito transformador social.

Palavras-chaves: Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Sistema Prisional Brasileiro. Criminalidade. Política Pública.

ABSTRACT: The article on the principle of human dignity in the Brazilian prison system aims to analyze the Brazilian prison system and the implementation of the principle of human dignity. The methodology used for this study is characterized by the literature review research. Therefore, it was possible to understand that, in order for the principle of human dignity to be established in the Brazilian prison system, it highlights the need for change in relation to the prison system, with new public policies in order to enable the reintegration of persons deprived of their liberty. in society, in a positive way, to enable their active participation as a social transformative subject.

Keywords: Principle of Human Dignity. Brazilian prison system. Crime. Public policy.

1 INTRODUÇÃO

O sistema prisional no mundo é resultado de inúmeras transformações que envolveram o desenvolvimento dos pensamentos sociais e culturais que ao longo do tempo foram se modificando em razão da necessidade de promover o cumprimento do Direito, como meio de

1. Mestrando em Direito do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna/MG, Brasil, Pós-Graduado em Direito Penal e Processual Penal pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus – FDDJ. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito de Conselheiro Lafaiete (FDCL). Policial Militar do Estado de Minas Gerais. Tutor da Secretária Nacional de Segurança Pública – SENASP.

proteção dos direitos e deveres dos cidadãos. (OLIVEIRA, 2010).

O princípio da dignidade da pessoa humana no sistema prisional é um fator relevante para o entendimento da importância de fazer cumprir as normas e as leis do ordenamento jurídico vigente, evidenciando o desenvolvimento de ações que propiciem o desenvolvimento e promovam as condições de recuperação dos condenados para a sua reinserção na sociedade (NASCIMENTO, 2011).

A preocupação com a dignidade do ser humano não era uma questão de destaque, o que havia como pilar dos modelos prisionais, era a punição pelas infrações, que deveria ser realizada de maneira a demonstrar que as conseqüências para quem infringisse a Lei eram rígidas sem nenhuma preocupação com o futuro ou reconhecimento do condenado em sua condição humana (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

Salienta-se que, por muitos anos, estes modelos foram considerados ideais na Europa, sendo considerados a princípio como modelos a serem seguidos por permitir retirar da sociedade os indivíduos que não se enquadravam nas normas e regras estabelecidas (MACIEL, 2016).

No entanto, mesmo sendo considerada uma medida necessária, passou a ser percebido que estes modelos não cumpriam o papel de reintegração dos condenados à sociedade, o que desencadeou no modelo auburniano a inserção do trabalho como meio de promover aos presos condições de serem inseridos na sociedade. (NASCIMENTO, 2011).

Para tanto, este mesmo modelo que buscou promover o trabalho no sistema prisional, demonstrou o rigor de suas normas ao efetivar de forma arbitrária o silêncio, como forma de fazer com que o condenado repensasse as suas atitudes, sem muito sucesso, pois mesmo havendo medidas de práticas laborais, não conseguiu atingir o objetivo de reintegração do ex-detento à sociedade. (MEDEIROS JÚNIOR, 2010).

Neste sentido, surge o sistema prisional progressivo, o qual dentro de uma nova proposta efetivou o sistema de privação da liberdade, mas com possibilidade de evolução para a liberdade condicional, modelo este que, na atualidade ainda se encontra aplicado, tendo como um dos parâmetros a análise do comportamento do detento durante o seu estágio de reclusão. (MASSON, 2017).

No Brasil, o sistema prisional progressivo foi instalado em decorrência de sua proposta de conjugar a aplicação da pena, mas com a finalidade de cumprimento do dever e possibilidade de reinserção do detento, através das estratégias que permeiam a reeducação e a possibilidade de trabalho laboral, permitindo que o preso possa ser reintegrado à sociedade após o cumprimento de sua pena, contando também com a questão da liberdade condicional, como se apresentou o princípio do sistema progressivo. (MEDEIROS JÚNIOR, 2010).

Porém, com o avanço da sociedade, o aumento da criminalidade, o crescimento dos centros urbanos, o que se verifica é o fato de que, os sistemas prisionais atuais, principalmente no Brasil, encontram-se em estado de calamidade, por não comportarem de maneira adequada o quantitativo de detentos, muitos que, nem deveriam estar nesta condição de reclusão.

(OLIVEIRA; BINOTTO, 2018).

Embasando-se no princípio da dignidade humana, faz-se relevante o entendimento de que, os condenados necessitam ter condições de reingressarem na sociedade de forma a propiciar a sua participação ativa e com dignidade e possibilidades de promover a sua sobrevivência de forma a favorecer a sua não reinserção ao mundo do crime (BAPTISTA, 2015).

Por todo o Brasil constatam-se inúmeras rebeliões que reivindicam melhores condições de cumprimento das penas nos presídios, sendo considerado um problema público por ferir de forma clara o princípio da dignidade humana que é resguardado pela Constituição Federal dentro de um Estado Democrático de Direito. (OLIVEIRA; BINOTTO, 2018).

Neste sentido, surge a seguinte indagação: O sistema prisional brasileiro apresenta condições para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja garantido aos detentos?

O objetivo geral do estudo visa analisar o sistema prisional brasileiro e a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Os objetivos específicos buscam apresentar uma breve descrição do sistema prisional brasileiro; e, analisar o princípio da dignidade da pessoa humana no contexto da realidade do sistema prisional brasileiro.

Justifica a escolha do tema em razão das dificuldades existentes no sistema prisional brasileiro, que deveria promover condições de reinserção dos detentos à sociedade após o cumprimento de sua pena, e, o que se estabelece é um cenário de profundo desrespeito, insegurança e ausência de dignidade nos presídios em razão de fatores que promovem resultados negativos frente a finalidade de mudança de conduta dos indivíduos ao cumprirem as penas estabelecidas pelo ordenamento jurídico brasileiro.

A metodologia utilizada para este estudo caracteriza-se pela pesquisa de revisão bibliográfica. Os instrumentos utilizados para a coleta de informações configuram-se como sendo sites, revistas, periódicos, bibliografias de autores que dissertam sobre o tema abordado, propiciando a reflexão sobre a dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro.

2 SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O sistema prisional brasileiro é marcado por inúmeras dificuldades que são discutidas por juristas, bem como pela própria sociedade que enfatiza a busca por soluções que favoreçam o cumprimento das normas legais, mas de forma a possibilitar que os condenados sejam reinseridos na sociedade com o objetivo de mudança de conduta (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

No entanto, o que se percebe é o fato de que, os presídios brasileiros apresentam em sua maioria a precariedade em sua estrutura física, e de profissionais para atuarem na organização das penitenciárias, uma vez que, a insegurança é demonstrada em razão das inúmeras rebeliões que são constatadas e necessitam ser contidas pelas forças policiais, o que agrava ainda mais a situação em virtude do fato de que, as reivindicações dos condenados não são atendidas devido a ausência de investimentos financeiros e de políticas públicas que promovam melhor condição de

vida para àqueles que cumprem as suas penas (MACIEL, 2016)..

Em todo o território brasileiro, as penitenciárias e cadeias públicas apresentam problemas que são demonstrados pela mídia e vivenciados pelas pessoas privadas de liberdade. As ações realizadas para amenizarem as dificuldades que são apontadas pelos condenados não se apresentam eficientes, o que promove a reflexão que se faz necessário o desenvolvimento de novas estratégias que favoreçam o cumprimento das normas que estabelecem de garantia da dignidade da pessoa humana, condição de desenvolvimento e ressocialização dos condenados e a possibilidade de novas oportunidades para que eles possam após o cumprimento de suas penas atuarem positivamente no processo de transformação da sociedade (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

A situação dos presídios brasileiros é condenada pelas organizações de defesa dos direitos humanos, uma vez que, não oferecem nenhuma condição de melhoria para o indivíduo (MACIEL, 2016).

O índice de criminalidade no Brasil contribui para a superlotação dos presídios, bem como para a morosidade na tramitação dos processos, a atual demanda criminal contribui significativamente para que as condenações e revisões penais sejam realizadas com o tempo prolongado, além do que deveria ser considerado como satisfatório para o atendimento das necessidades da população que exige a condenação dos culpados, em razão de seus atos ilícitos (MACIEL, 2016).

Por outro lado, as famílias dos condenados buscam junto à justiça o andamento dos processos de seus familiares que durante anos ficam esperando os seus julgamentos, o que contribui para o sofrimento dos familiares e prolongamento da presença dos detentos nos presídios em espera de julgamento (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

Ressalta-se que, esta morosidade justifica a superlotação existente nos presídios, que é um problema agravante no sistema prisional em decorrência da ausência de recursos humanos para dar prosseguimento às ações que se encontram acumuladas nos fóruns esperando julgamento de diferentes crimes que ainda se encontram com processos em trâmite para serem julgados (MACIEL, 2016).

As condições precárias que são observadas demandam o entendimento de que, a estrutura prisional brasileira não comporta o quantitativo de detentos, o que requer a construção de novas penitenciárias. Porém, não se trata somente da construção de novas edificações, mas também de uma nova proposta de recuperação dos condenados (OLIVEIRA, 2010).

Para que ocorram transformações positivas no sistema prisional brasileiro, faz-se necessários estudos referentes a exemplos de outros sistemas prisionais pelo mundo que demonstraram ser capazes de recuperarem os infratores de maneira a garantir o cumprimento do princípio da dignidade da pessoa humana e ao mesmo tempo, fazer com que estes infratores cumprissem de maneira efetiva as penalidades impostas em razão do ato ilícito cometido (MACIEL, 2016).

Os indivíduos que vivem na reclusão, nos mais variados estabelecimentos prisionais, possuem dificuldades que não são imaginadas pelas pessoas que gozam a liberdade de poder ir e vir. Salienta-se que, o que leva um ser humano a ser privado de sua liberdade, trata-se da prática de atos ilícitos que ferem os direitos regulamentados pelas normas e leis que comandam a sociedade (MACHADO; GUIMARÃES, 2017).

Apesar da necessidade da punição aos infratores da lei, o cárcere é uma das formas punitivas legalmente previstas, entretanto vale ressaltar que as pessoas privadas de liberdade são acometidas por punições que não se restringem somente em relação ao cumprimento da pena nos presídios, pois sofrem agressões por parte dos próprios presos, ou mesmo pelos agentes penitenciários, que abusam do poder para humilhar e constrangir os indivíduos condenados por suas ações ilícitas (PRADO, 2007).

O sistema prisional brasileiro apresenta questões em relação a sua forma de cuidado aos detentos, demonstrando que a realidade a qual se encontram não contribui para a melhoria dos seres humanos, a ausência de ações que propiciem a evolução dos indivíduos que cometem delitos, que são julgados e punidos, favorece o surgimento do quadro atual do sistema prisional, o qual não contribui para a evolução do indivíduo, mas para a sua revolta, devido à falta de condições de dignidade para sobreviverem enquanto cumprem o período de reclusão (SÁ, 2012).

Para tanto, é de suma relevância a reflexão em relação ao sistema prisional brasileiro e o princípio da dignidade da pessoa humana, permitindo assim, o entendimento de que, se faz fundamental de maneira emergencial a construção de políticas públicas que venham a reformar o sistema prisional do Brasil, permitindo que os detentos tenham garantidos os seus direitos para o cumprimento de suas penas sendo garantida a sua dignidade para que, após o fim da pena, possam ser reinseridos na sociedade.

3 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E O SISTEMA PRISIONAL BRASILEIRO

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana promove de maneira obrigatória o direito de todo cidadão em relação ao respeito, a identidade e a integridade, tendo o Estado como o responsável por fazer cumprir este princípio oferecendo condições que as pessoas possam ter uma vida digna (OLIVEIRA JÚNIOR; SIQUEIRA, 2019).

De acordo com Carvalho (2009), em relação à abrangência do Princípio da Dignidade Humana, esclarece que:

O princípio abrange não só os direitos individuais, mas também os de natureza econômica, social e cultural, pois, no Estado Democrático de Direito a liberdade não é apenas negativa, entendida como ausência de constrangimento, mas liberdade positiva, que consiste na remoção dos impedimentos

(econômicos, sociais e políticos) que possam embaraçar a plena realização da personalidade humana (CARVALHO, 2009, p. 673).

A Declaração Universal de Direitos Humanos promulgada pela Assembleia Geral da ONU, no Art. 3, afirma que, todos têm o direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal. No entanto, mesmo havendo a necessidade referente à proteção pessoal evidencia-se que, muito ainda há de se evoluir nos países para a garantia deste direito que deve ser efetivado a todos os indivíduos (MACIEL, 2016).

O princípio da dignidade da pessoa humana é previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, em seu Art. 1º, inciso III, como um dos fundamentos do Estado Democrático de Direito, demonstrando a importância deste princípio para o reconhecimento do ser humano e da responsabilidade do Estado em garantir as condições básicas referentes à promoção da dignidade da pessoa humana (OLIVEIRA, 2010).

Dessa maneira, faz-se relevante o entendimento de que, o princípio da dignidade humana se encontra em todos os desdobramentos do Direito brasileiro, sendo fundamental para que os direitos dos cidadãos sejam garantidos, desde o nascimento (MACIEL, 2016).

Ainda se faz relevante o esclarecimento de que, o princípio da dignidade humana encontra-se entre os direitos fundamentais, sendo referenciado o direito à vida, à liberdade, à saúde, à educação, dentre outros, como direitos universais, independentes de cor, sexo e classe social, respaldados na condição de estar voltado para todos os cidadãos por serem seres humanos e estarem no centro do sistema jurídico (LEμος JÚNIOR; BRUGNARA, 2017).

Para o entendimento referente aos princípios fundamentais onde se destaca o princípio da dignidade da pessoa humana, faz-se relevante comentar que, estes se encontram como sendo o pilar de todo o sistema jurídico, tendo a sua importância respaldada em sua finalidade de integrar as normas e o seu desenvolvimento por meio de sua aplicabilidade imediata para a garantia dos direitos e deveres de todos os cidadãos (MACIEL, 2016).

No sentido de princípio constitucional e fundamental referente à dignidade da pessoa humana, os autores Lemos Júnior; Brugnara (2017, p. 91) comentam que, “a prerrogativa da dignidade da pessoa humana é um valor básico, constitucionalmente falando, um valor máximo e absoluto, sendo certo afirmar que a ofensa a tal princípio se tornou um impedimento irremovível”. Ainda de acordo com os autores, o princípio da dignidade da pessoa humana implica no reconhecimento da igualdade entre todos os seres humanos, sendo esta, portanto, uma de suas bases, o que significa afirmar que todas as pessoas são análogas em direitos e obrigações, independentemente de qualquer característica pessoal que lhe possa favorecer.

Todo ser humano necessita ser amparado no que se referem as suas condições básicas de sobrevivência, tendo como foco a garantia de seus direitos frente ao Estado o qual é evidenciado pelos dispositivos legais que constituem o ordenamento jurídico (LEμος JÚNIOR; BRUGNARA, 2017).

Resguardar aos indivíduos meios de garantia da dignidade da pessoa humana é de suma relevância para que as pessoas possam ampliar as suas expectativas frente às adversidades que são caracterizadas em meio à sociedade na qual se encontram inseridas (MACIEL, 2016).

Para tanto, faz-se necessário o entendimento de que, a dignidade da pessoa humana prima pela garantia de todo ser humano, como um direito fundamental e constitucional, evidenciando o desenvolvimento da sociedade como um todo (LE MOS JÚNIOR; BRUGNARA, 2017).

De acordo com Kirst (2010), a República Federativa do Brasil é regida pelas relações internacionais, onde se prevalecem os direitos humanos, que orientam, todo o ordenamento jurídico. Essa prerrogativa destaca o fato de que, a dignidade da pessoa humana é apontada como sendo a viga mestra do desenvolvimento social, desencadeando a proteção do ser humano em suas necessidades.

Ao reportar a história da humanidade, é possível o entendimento da evolução do respeito e valorização do ser humano ao longo dos séculos. O ser humano passou a ser valorizado em sua essência após inúmeras atrocidades cometidas (OLIVEIRA, 2010).

Na história da humanidade constatam-se inúmeras evidências de que, o ser humano não era considerado em suas necessidades, primando pelo desrespeito, discriminação, rejeição, preconceitos, dentre outras manifestações que permitem evidenciar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como meio de promover o reconhecimento e os direitos de todos os indivíduos (MACIEL, 2016).

Em se tratando do ordenamento jurídico, faz-se relevante comentar que, durante a história, o reconhecimento do princípio da dignidade da pessoa humana foi se ampliando em virtude da transformação do pensamento social, onde as legislações foram sendo construídas de forma a fazer cumprir o anseio da sociedade frente à defesa de seus direitos, tendo como alicerce o Direito como defensor justo, público e imparcial em suas decisões (OLIVEIRA, 2010).

Reportando a realidade brasileira no que se refere ao desenvolvimento deste artigo, a dignidade humana em relação aos condenados no sistema prisional brasileiro necessita ser analisada de maneira a contemplar o cumprimento das penas de maneira digna, garantido os direitos das pessoas privadas de liberdade como é previsto no ordenamento jurídico brasileiro, bem como é garantido pela Constituição Federal de 1988 (LE MOS JÚNIOR; BRUGNARA, 2017).

A superlotação dos presídios, bem como das cadeias públicas dos municípios e capitais, vem sendo analisadas de maneira preocupante por sociólogos e psicólogos. Organizações que defendem os direitos universais dos seres humanos lutam para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivado no sistema prisional, o que demanda a reformulação do sistema penitenciário, uma vez que, os presídios se encontram superlotados, não permitindo a recuperação de maneira digna dos apenados, ao contrário, impulsionam a criminalidade por terem, na maioria das vezes, de se submeterem às ordens das facções dominantes nos presídios para conseguirem sobreviver (MACIEL, 2016).

É notório que os infratores da lei necessitam ser punidos, mas não enjaulados de forma a favorecer a revolta dos mesmos. A situação instalada no sistema prisional atual identifica a precariedade do Estado e da própria justiça em punir e ao mesmo tempo, garantir de maneira justa, condições de cumprimento da punição estabelecida com dignidade (SÁ, 2012).

As organizações das Nações Unidas – ONU destacou que o Brasil, em relação ao tratamento destinado aos detentos, é um dos piores países no que tange a condição de sobrevivência digna nos presídios. Convive-se com a realidade de superlotação, de formação de quadrilhas, comandos que mesmo tendo os seus líderes encarcerados, conseguem agir amedrontando a sociedade (OLIVEIRA, 2010).

A verdade é que as condições humilhantes denunciam a existência de uma “crueldade oficializada” nos presídios e, em decorrência disso, a própria Organização das Nações Unidas reconheceu que o Brasil é um dos maiores violadores dos Direitos Humanos. O mesmo órgão recomenda que seja preservado o direito ao voto, mas isso é negado aos presos. Levando-se em consideração a importância que é dada pela nossa Constituição ao direito do voto, tornando a pessoa cidadã, resta óbvio que tal proibição é uma grande afronta à dignidade do condenado, a qual torna um apátrida (KIRST, 2008, p. 02).

O problema é que a violência é também gritante e preocupante dentro dos presídios, a preocupação com a falta de recursos, visando à possibilidade de garantir o mínimo de dignidade aos detentos, vem afastando até mesmo os profissionais que atuam como agentes carcerários, em decorrência da possibilidade de revoltas e motins por parte dos detentos, pois buscam através de suas ações violentas, demonstrarem a falta de condição de vida estabelecida nos presídios (LEMOS JÚNIOR; BRUGNARA, 2017).

O sistema prisional brasileiro apresenta-se sobrecarregado, a falta de estrutura, de recursos para a manutenção dos presídios, o acúmulo de detentos nas prisões, tem sido constatado diariamente, o que causa indignação nos indivíduos que necessitam cumprir as punições impostas pela Justiça. Assim, Prado (2007) comenta que:

As reivindicações dos presos são na maioria das vezes, ignoradas pelas autoridades administrativas e judiciárias, sob a alegação de necessidade de manutenção da ordem, esta representada pelos signos da disciplina e segurança. Com isso, o que se vê, na prática, é o completo descaso pela situação carcerária brasileira. Após o trânsito em julgado da sentença condenatória, resta ao réu expiar sua culpa, e ao fazê-lo, o faz sob condições desprovidas de humanidade (PRADO, 2007, p. 408).

A atual conjuntura prisional brasileira gera revolta nos detentos durante o cumprimento de penas, a indignação se justifica em razão de não ser cumprido os princípios fundamentais,

principalmente o relacionado à dignidade da pessoa humana, tornando os presídios em locais de terror e de agravamento das situações dos indivíduos que, buscam cumprir a sua pena de forma a ser reinserido na sociedade, como uma nova oportunidade de mudança de vida (OLIVEIRA, 2010).

Enquanto não houver por parte do Estado, uma reformulação no sistema prisional, a dificuldade de recuperação dos detentos será cada vez maior, faz-se pelo motivo de não haver perspectivas que desenvolvam a promoção de melhorias em sua condição social, como capacitação dos mesmos para o trabalho, novas oportunidades de crescimento intelectual e cultural, e, principalmente, a busca pelo reconhecimento dos detentos como seres humanos, e não apenas como presidiários que necessitam ficar encarcerados para que dessa forma, parem de amedrontar a sociedade (MIRABETE, 1997).

A prisão, nas atuais condições, fere o indivíduo na sua autoestima sob todos os aspectos, eis que o obriga a viver em condições deficientes como a superpopulação, alimentação insuficiente, falta de higiene e assistência sanitária, dentre tantas outras situações degradantes e inaceitáveis sob uma ótica humanista (LEMOs JÚNIOR; BRUGNARA, 2017).

Esse quadro apresentado em relação às condições de sobrevivência dos indivíduos nos presídios vem contribuindo cada vez mais, para o surgimento de novas agressões e revoltas, identificando a situação de que, os detentos não estão sendo tratados com respeito a sua dignidade enquanto seres humanos, mas sim, são amontoados em celas, as quais não promovem o mínimo de dignidade no que tange as condições básicas de desenvolvimento humano (PRADO, 2007).

Infelizmente, a sociedade é preconceituosa em relação aos detentos, os conceitos de julgamentos em relação à índole dos presidiários são negativos, o que estimula a incompreensão de que, àquele cidadão que infringiu a lei, após o cumprimento de sua punição, necessita de uma oportunidade para se reinserir na sociedade (OLIVEIRA, 2010).

Tais oportunidades de reinserção necessitam ser criadas e efetivadas dentro do âmbito jurídico e legislativo, enfatizando que, a punição necessita ser vista como um ato de fazer com que o indivíduo perceba que devido aos seus atos, o mesmo não pôde permanecer em meio à sociedade (MACIEL, 2016).

Esta situação não é compreendida no atual sistema, o qual, apenas se preocupa em retirar o infrator da sociedade, puni-lo severamente, através do rigor da lei, mas sem se preocupar com o seu futuro, com as suas possibilidades de inserção, as quais são essenciais para que realmente ocorra a sua reintegração à sociedade (OLIVEIRA, 2010).

Presos e encarcerados tornam-se fenômenos que representam uma ameaça profunda à sociedade normatizada e, assim, as atitudes desta, frente ao problema prisional, revelam o desejo de que sejam totalmente excluídos deste mundo (CARVALHO, 2009).

3 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Após o estudo realizado referente ao princípio da dignidade da pessoa humana no sistema prisional brasileiro, foi possível considerar que, sistema prisional no mundo é resultado de inúmeras transformações que envolveram o desenvolvimento dos pensamentos sociais e culturais que ao longo do tempo foram se modificando em razão da necessidade de promover o cumprimento do Direito, como meio de proteção dos direitos e deveres dos cidadãos.

As condições precárias que são observadas demandam o entendimento de que, a estrutura prisional brasileira não comporta o quantitativo de detentos, o que requer a construção de novas penitenciárias. Porém, não se trata somente da construção de novas edificações, mas também de uma nova proposta de recuperação dos condenados.

Na história da humanidade constatam-se inúmeras evidências de que, o ser humano não era considerado em suas necessidades, primando pelo desrespeito, discriminação, rejeição, preconceitos, dentre outras manifestações que permitem evidenciar a importância do princípio da dignidade da pessoa humana como meio de promover o reconhecimento e os direitos de todos os indivíduos.

A superlotação dos presídios, bem como das cadeias públicas dos municípios e capitais, vem sendo analisadas de maneira preocupante por sociólogos e psicólogos. Organizações que defendem os direitos universais dos seres humanos lutam para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja efetivado no sistema prisional, o que demanda a reformulação do sistema penitenciário, uma vez que, os presídios se encontram superlotados, não permitindo a sua recuperação de maneira digna, ao contrário, impulsionam a criminalidade por terem, na maioria das vezes, de se submeterem às ordens das facções dominantes nos presídios para conseguirem sobreviver.

Enquanto não houver por parte do Estado, uma reformulação no sistema prisional, a dificuldade de recuperação dos detentos será cada vez maior, faz-se pelo motivo de não haver perspectivas que desenvolvam a promoção de melhorias em sua condição social, como capacitação dos mesmos para o trabalho, novas oportunidades de crescimento intelectual e cultural, e, principalmente, a busca pelo reconhecimento dos detentos como seres humanos, e não apenas como presidiários que necessitam ficar encarcerados para que dessa forma, parem de amedrontar a sociedade.

Portanto, foi possível o entendimento de que, para que o princípio da dignidade da pessoa humana seja estabelecido no sistema prisional brasileiro é necessário a mudança em relação ao sistema prisional, com novas políticas públicas que estabeleçam condições reais de fornecer o desenvolvimento das pessoas privadas de liberdade de maneira a possibilitar a sua reinserção na sociedade de forma positiva para a sua participação ativa como sujeito transformador social.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional**. 15. ed. Belo Horizonte: Del Rey,

2009.

KIRST, Carolina Pereira. **O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional: graves omissões e contradições em relação à legislação vigente.** Artigo, 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12461/o-principio-da-dignidade-humana-frente-ao-sistema-prisional> Acesso em 20 de novembro de 2019.

KIRST, Carolina Pereira. **O princípio da dignidade humana frente ao sistema prisional brasileiro: graves omissões e contradições em relação à legislação vigente.** Revista Destaques Acadêmicos, ano. 2, n.2, 2010. Disponível em: <http://www.univates.br/revistas/index.php/destaques/article/view/68/66> Acesso em 15 de dezembro de 2019.

LEMO JUNIOR, Eloy Pereira; BRUGNARA, Ana Flávia. O princípio da dignidade da pessoa humana no ordenamento jurídico brasileiro. **Revista da Faculdade de Direito – RFD – UERJ**, Rio de Janeiro, n.31, 2017. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/26639/20692> Acesso em 15 de novembro de 2019.

MACHADO, Nicaela Olímpia; GUIMARÃES, Isaac Sabbá. A Realidade do Sistema Prisional Brasileiro e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. **Revista Eletrônica de Iniciação Científica**. Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI, v.5, n.1, 2014. Disponível em: <https://www.univali.br/graduacao/direito-itajai/publicacoes/revista-de-iniciacao-cientifica-ricc/edicoes/Lists/Artigos/Attachments/1008/Arquivo%2030.pdf> Acesso em 10 de novembro de 2019.

MACIEL, José Lucas Cezário. **O trabalho penitenciário desenvolvido por meio do método APAC na unidade prisional de Pimenta Bueno – RO e sua (im)possibilidade de ressocialização do condenado.** Monografia. Universidade Federal de Rondônia – UNIR, 2016. Disponível em:

<http://www.ri.unir.br/jspui/bitstream/123456789/1054/1/MONOGRAFIA%20JOSE%20LUCAS.pdf> Acesso em 10 de dezembro de 2019.

MEDEIROS JUNIOR, Darci José. **Estudo e trabalho na ressocialização do sistema prisional brasileiro.** Dissertação de Mestrado. Curso de Direito. Instituto Municipal de Ensino Superior de Assis – IMESA, Assis, 2010. Disponível em: <https://cepein.femanet.com.br/BDigital/arqTccs/0711230894.pdf> Acesso em 20 de agosto de 2019.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Execução Penal.** 8.ed. São Paulo: Atlas, 1997.

NASCIMENTO, Diego do Espírito Santo Menezes do. **Evolução dos sistemas penitenciários.** Periódico. Universidade Federal de Minas Gerais, UFMG, Belo Horizonte, MG, 2011. Disponível em: <https://revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/1835> Acesso em 20 de novembro de 2019.

OLIVEIRA, Fernanda Amaral. **Os modelos penitenciários no século XIX.** Artigo Original. Universidade Federal de Juiz de Fora – UFJF, Juiz de Fora, MG, 2010. Disponível em: <http://www.ufjf.br/virtu/files/2010/05/artigo-6-a-1.pdf> Acesso em 15 de setembro de 2019.

OLIVEIRA JUNIOR; Edson Alves; SIQUEIRA, Heloise Garcia. O Princípio da Dignidade da

Pessoa Humana inserido no Sistema Prisional do Brasil. Artigo Original. **Revista Âmbito Jurídico**, 2019. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direitos-humanos/o-principio-da-dignidade-da-pessoa-humana-inserido-no-sistema-prisional-do-brasil/> Acesso em 15 de novembro de 2019.

PRADO, Geraldo. **A Execução Penal e o Sistema Acusatório**. In: CARVALHO, Salo de (coord.) Crítica à execução penal. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007.

SÁ, Franckarles Genes de Almeida. **A Importância do método de associação e proteção aos condenados (APAC) para o sistema prisional brasileiro**. Artigo Científico, 2012. Disponível em: <http://periodicos.urca.br/ojs/index.php/DirDialog/article/view/460/332>. Acesso em 16 de novembro de 2019.

O MODELO DE GOVERNANÇA EUROPEU FRENTE AOS DESAFIOS DA EXPANSÃO DA NORMATIVIDADE INTERNACIONAL CONTEMPORÂNEA

Paula Wojcikiewicz Almeida¹

Gabriela Hühne Porto²

RESUMO: Este artigo pretende refletir sobre a expansão dos poderes normativos para além de uma lógica interestatal e seu impacto na ordem global. O crescimento da participação de atores não-estatais e o surgimento de novas fontes superam as ferramentas de Direito Internacional Clássico e levam a desafios, incluindo questões de legitimidade *e accountability*. Diante das questões postas, avalia-se a possível contribuição que os mecanismos da União Europeia de boa governança e de governança multinível para sistemática de Governança Global.

Palavras-chave: Regulação Internacional; Governança Global; Boa Governança, Legitimidade, *Accountability*; União Europeia, *Non-State Actors*; Soft Law.

ABSTRACT: This article intends to reflect on the expansion of international normative powers beyond an inter-state logic and its impact in the global order. The growth of participation of non-state actors and the boost of new sources go beyond Classical International Law tools and lead to challenges, including legitimacy and accountability concerns. Given the questions raised, the possible contribution of the European Union mechanisms of good governance and multilevel governance to the system of Global Governance will be evaluated.

Keywords: International Regulation; Global Governance; Good Governance; Legitimacy, Accountability; European Union, Non-State Actors; Soft Law.

1. Doutora em direito pela Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, área de concentração: Direito Internacional e Europeu, mentiontrèshonorableavecfélicitationsdujury à lunanimité. Indicação para prêmios de melhor tese e para um financiamento para publicação. Doutora em direito pela Universidade do Rio de Janeiro (UERJ), Programa de Pós-graduação em Direito, área de concentração: Direito Internacional e Integração Econômica (cotutela). Mestre em Direito Público Internacional e Europeu pela Université de Paris XI (Paris-Sud), Faculté Jean Monnet, devidamente revalidado no Brasil. Professora adjunta em tempo integral de Direito Internacional e Europeu da FGV Direito Rio. Coordenadora do Centro de Excelência Jean Monnet (FGV Centre of Excellence on EU-South America Global Governance, financiada pelo do Programa Erasmus+da Comissão Europeia. Pesquisadora do Centro de Justiça e Sociedade (CJUS) da FGV Direito Rio. Pesquisadora associada do Institut de Recherche en Droit International et Européen de la Sorbonne (IREDIÉS). Membro do ILA Committee on the Procedural Law of International Courts and Tribunals. Professora visitante na École de droit de la Sorbonne de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne (2019). Pesquisadoravisitante do Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law (2014) e da University of Oxford, Faculty of Law (2014). Pesquisadora do Centre d'études et de recherche en droit international et relations internationales de l'Académie de droit international de La Haye (2010). Coordenadora do Latin American Society of International Law (LASIL) Interest Group on 'International Courts and Tribunals'.

2. Bacharel em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ) e mestranda na linha de Direito Internacional no Programa de Pós-Graduação da UERJ. Desde 2016, atua como assistente de Pesquisa em Direito Internacional na FGV Direito Rio, atualmente, para o FGV Jean Monnet Centre of Excellence on EU-South America Global Governance, financiado pelo do Programa Erasmus+da Comissão Europeia.

INTRODUÇÃO

A quebra dos quadros geopolíticos, que acompanham a globalização, anuncia um cenário composto por formas desterritorializadas de poder e de soberania estatal fragmentada (WATT, 2010, p.9) Dentro de um ambiente normativo, político e econômico alterado, há novos padrões de alocação de autoridade pública e exercício “informal” de poder a nível global. Essa tendência demonstra um afastamento de processos clássicos de produção normativa internacional (D'ASPREMONT, 2011, agosto, p. 326) e vão de encontro com a concepção exclusivamente inter-estatal do Direito Internacional. Saindo do paradigma de estado-centrismo, o conceito de soberania dos Estados entra em fluxo e a própria natureza do Direito Internacional como ordenamento jurídico sistemático passa a ser questionada.

Governança Global se refere ao exercício de autoridade através das fronteiras nacionais, bem como normas e regras consentidas além do estado-nação, ambas justificadas com referência a bens comuns ou problemas transnacionais (ZURN, 2018). Contudo, em última análise, não há definição restritiva que seja capaz de explicar, de forma clara e suficiente, os processos complexos e sofisticados presentes na normatividade internacional. Defende-se que entender a relevância funcional dessa estrutura seja mais urgente do que propor uma definição para a ideia de governança global, que seria, possivelmente, insuficiente e superficial. Portanto, o propósito é não se limitar a uma ideia tradicional de governança global, mas focar nos exercícios de autoridade pública no contexto internacional (VON BOGDANDY, PHILIPP; GOLDMAN, 2009, p. 1376).

Atualmente, a autoridade normativa não é mais exercida por um círculo fechado de agentes de alto escalão representando Estados, mas se transformou em uma agregação de procedimentos complexos envolvendo também novos participantes (D'ASPREMONT, 2011, maio p. 326). O Direito Internacional, que se caracterizava tradicionalmente por tratados como fonte de direito e por litígios bilaterais entre Estados, vem se transformando em relevante plataforma para a participação de atores não-estatais e a para a utilização de instrumentos normativos menos formais, como recomendações, diretrizes, acordos não vinculantes (*non-binding agreements*) e relatórios. Indo além das estruturas postas, nota-se o impacto que as novas formas de divisão e alocação de poder entre diferentes instituições e atores para a normatividade internacional.

Além disso, um dos mais importantes aspectos da mudança estrutural do Direito Internacional é a emergência e reconhecimento de interesses da comunidade (*community interests*) (BENZING, 2006, p. 369). Ainda que a estrutura voluntarista e bilateral não esteja de todo superada, pode-se afirmar que foi complementada pela necessidade de proteger certos valores fundamentais para a sociedade internacional como um todo. Assim, o Direito Internacional tem se voltado cada vez mais para questões relacionadas aos interesses da

comunidade internacional e a promoção de bens públicos globais (WOJCIKIEWICZ ALMEIDA; HÜHNE PORTO, 2019, 599-600). Pensar em uma estrutura de Governança Global significa, essencialmente, abandonar a visão estadocêntrica para adoção de um sistema mais globalizado de freios e contrapeso (ESTY, 2006, p. 1578-9) que busque uma interação construtiva em busca do bem comum (BENZING, 2006, p. 370-1). Em termos gerais, o objetivo seria adaptar as estruturas e criar mecanismos que incentivem esforços coletivos para enfrentar problemas globais que, os Estados, individualmente, não teriam capacidade para resolver (WEISS, SEYLE, COOLIDGE, 2013, p. 6). Analisar esses exercícios de autoridade no cenário internacional permite enfrentar, com maior precisão, os desafios que acompanham a implementação de práticas de governança global, como de legitimidade, *enforcement* e *accountability*.

Este artigo busca refletir sobre os impactos da Governança Global no cenário da Regulação Internacional. Primeiro, após analisar as diferentes formas em que atores não-estatais podem influenciar os processos regulatórios no sistema legal internacional, serão debatidos os desafios que permeiam a expansão normativa no sistema internacional (I). Segundo, serão avaliados os sistemas de boa governança e de governança multinível da União Europeia, em busca de possíveis respostas aos problemas normativos em tempos de mudança (II).

I – A mudança do paradigma além do estado-centrismo: a expansão da produção normativa no Direito Internacional

A ordem global contemporânea apresenta uma multiplicidade de agentes e interesses, que constituem complexas relações transfronteiriças de ordem econômica, social e jurídica (XAVIER JUNIOR, BRANDÃO, 2009, p. 425). Diante disso, ao mesmo tempo que os Estados não podem permanecer isolados, é certo de que não portamos recursos para oferecer individualmente respostas regulatórias para os desafios globais. Por isso, outros participantes além de estados têm incorporado funções normativas na Regulação Internacional de forma crescente e significativa (A). Não obstante, esse fenômeno, além de vantagens, também abarca dilemas, como a falta de legitimidade e de mecanismos de *accountability* em determinados processos de tomada de decisão internacionais (B).

A) O impacto dos atores não estatais

O sistema de Governança Global pressupõe a participação de atores não-estatais para lidar com questões globais. Ainda que a presença de *non-state actors* não seja um fenômeno novo no cenário internacional, com a globalização e o aumento da privatização dos principais domínios governamentais, seu papel se tornou ainda mais proeminente nas últimas décadas (ILA Report, 2016, p. 8). Nos cenários alternativos de ordem global, chama a atenção a ascensão de regimes funcionais, de atores híbridos e de legisladores privados⁴, que têm ocupado papéis significativos e gerado impacto nos processos de formação de regras e tomada de decisão.

Isso significa que o processo de produção normativa (*law-making*) no Direito Internacional não está mais restrito a Estados ou oficiais do governo. Segundo Bas Arts, a Governança Global engloba distintos mecanismos intergovernamentais e transnacionais, incluindo: regulação estatal; regulação mista, entre Estados e atores não-estatais, e auto-regulação privada (*private self-regulation*), elaborada apenas por atores não-estatais (ARTS, 2003, p.11). Com esse novo cenário, surge a demanda de não somente buscar por definições e classificações para esses atores, mas também por modos pelos quais possam ser incorporados na estrutura internacional contemporânea.

Não há consenso acerca da definição de "atores não estatais" (*non-state actors*), pois não há uma definição oficial, tampouco previsão específica que estabeleça seus limites e funções no processo de formação de normas. A *International Law Association* (ILA), por exemplo, propõe que esses atores são entidades, não controladas pelos Estados, capazes de desempenhar relevante papel nos processos internacionais (ILA Report 2016, p. 3). A Comissão Europeia disponibiliza um conceito similar e define atores não-estatais como uma série de organizações, criadas de forma voluntária, que envolvem diferentes estruturas da sociedade, fora de estruturas públicas governamentais e administrativas, para promoção de certos interesses (COM, 2002, p. 598).

Alguns contestam a inclusão de Organizações Intergovernamentais (Ois), visto que, até certo ponto, ainda estão associadas aos interesses estatais. Outros debatem se entidades consideradas ilegítimas ou ilegais, como grupos piratas e grupos de oposição armada, deveriam ser incluídas no conceito (ILA Reports: 2010, 2012; 2016). De todo modo, ainda que existam múltiplas definições doutrinárias, os diferentes conceitos apresentam ao menos duas ideias em comum: (i) a independência de estruturas governamentais e (ii) o relevante impacto no sistema legal internacional.

Ademais, é fato que os atores não-estatais estão cada vez mais envolvidos nos processos de formação de normas - alguns, inclusive, com mais poder do que um ente estatal (ZYBERI, p. 2011, p. 167). Isso leva a questionar a forma como novas instituições, como Organizações Não-Governamentais (ONGs) e empresas multinacionais, podem atuar e gerar benefícios para a Governança Global. Essa discussão sobre potencial de governança perpassa debates sobre a formalidade dos instrumentos normativos.

O Estatuto da Corte Internacional de Justiça, Artigo 38 (1), apresenta o que muitos consideram a relação das fontes do Direito Internacional Público, dividindo-se entre fontes primárias e secundárias. Enquanto as primeiras são fontes formais, como tratados, costumes internacionais e princípios gerais de direitos; as últimas são relacionadas a instrumentos não-vinculantes, como decisões judiciais e doutrina internacional. Nessa perspectiva, ainda que as decisões tomadas por atores não-estatais sejam de natureza declaratória, elas continuam sendo importantes instrumentos de operação do sistema internacional, em razão de sua capacidade de influenciar comportamentos e condutas dos Estados.

Em razão de sua grande relevância e influência, as normas não-vinculantes estabelecidas

pelos atores não-estatais podem, eventualmente, resultar em normas legais vinculantes (GIERTL; LAZOECAKOVÁ, 2018, p. 47). Nesse sentido, Bas Arts apresenta três diferentes “faces do poder” que podem ser exercidas por atores não-estatais: (i) o poder de decisão; (ii) o poder discursivo; e (iii) o poder regulatório (ARTS, 2003).

Atores não-estatais podem influenciar a elaboração de tratados internacionais. Esse foi o caso das Convenções de Genebra de 1949, em que o Comitê Internacional da Cruz Vermelha conduziu a aprovação do dever de trabalhar em prol da disseminação de conhecimento de Direito Internacional Humanitário em conflitos armados. De forma semelhante, em 1992, foi criado um comitê para o lançamento da Campanha Internacional para Eliminação de Minas. O grupo, hoje composto por mais de 1300 ONGs que operam a nível nacional e internacional, teve êxito na aprovação do Tratado de Ottawa (“Convenção sobre a Proibição do Uso, Armazenamento, Produção e Transferência de Minas Antipessoal e sobre sua Destruição”). A Campanha organizou um grupo responsável por incentivar a ratificação e implementação do Tratado. Atores não-estatais também são conhecidos por seus importantes papéis na elaboração do Estatuto de Roma e na Convenção internacional sobre os direitos da criança. Esses são claros exemplos em que atores não-estatais exerceram tanto o poder discursivo, quanto o decisório³.

Ademais, atores não-estatais podem influenciar a construção de princípios gerais do direito, quando pressionam os governos locais a aprovarem determinadas normas em suas legislações com a intenção de, no futuro, sejam qualificados como princípios gerais. Convém destacar, ainda, que esses novos participantes também têm poder suficiente para influenciar uma corte ou tribunal a considerar determinada provisão como um princípio amplamente aceito na comunidade internacional (ILA Report, 2016, p; 11).

Muitos atores não-estatais também são importantes participantes no processo de tomada de decisão em organismos internacionais. Diante de seus recursos e informações limitadas, diversos departamentos do Secretariado da ONU mantém constante contato com ONGs em busca de apoio (ILA Report, 2012, p. 12). Outro exemplo da influência desses atores é na elaboração de códigos de conduta, adotados voluntariamente por Empresas Multinacionais que visam incentivar responsabilidade social corporativa, além de garantir a proteção dos direitos humanos e ambientais (ILA Report, 2012, p. 5)

Contudo, apesar de sua significativa relevância na atual estrutura globalizada, a Governança Global ainda enfrenta diversos desafios, pois não há competências claras e definidas entre as inúmeras instituições internacionais (ALVAREZ, 2002, p. 214). Nesse contexto, a crescente participação de novos atores realça, inevitavelmente, problemas relacionados à legitimidade, a efetividade das normas a nível global (*enforcement*), e *accountability*.

B) Desafios normativos

3. The International Committee of the Red Cross (ICRC) approved Article 4(g), therefore creating the duty to work towards a "dissemination of knowledge of international humanitarian law in armed conflicts".

Na medida em que as atividades de governança atingiram o nível global, intensificou-se o processo de derrogação de algumas competências de Estados para órgãos internacionais, como o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional (FMI). Os órgãos internacionais passaram, então, a ocupar papéis cada vez mais relevantes na Regulação Global (POSTIGA, 2013, p. 174). Diante a nova tendência, várias críticas vêm sendo apresentadas em relação aos possíveis déficits de legitimidade e *accountability* do sistema. Por esse motivo, investigam-se mecanismos para promover a legitimidade nos processos de tomada de decisão, além de novas ferramentas para garantir a eficácia nas práticas de governança, como as conhecidas como de “boa governança”.

Esta seção tem como propósito avaliar a constante tensão entre as relações de poder entre Estados e órgãos internacionais, abordando as questões referentes à legitimidade (1) e *accountability* (2) na Governança Global.

1. Legitimacy claims

A ideia de legitimidade é geralmente associada ao *“direito de governar”*. Nesse sentido, uma instituição ou tribunal legítimos teriam o “direito justificável” de estabelecer regras, prolatar sentenças e elaborar opiniões, no sistema jurídico internacional na devida forma. Andersen afirma que a legitimidade é a qualidade de determinada organização política ter o poder para agir com apoio amplo e, em grande medida, inquestionável de seus membros. O processo de legitimação é composto por atores que buscam justificativas relacionadas aos seus interesses, práticas e desenhos institucionais. Essas justificativas constituem espécies de “reivindicação de legitimidade” (REUS-SMIT, 2007, p.159).

É importante notar, contudo, que a legitimidade pode ser entendida sob duas perspectivas diferentes: normativa ou sociológica. A legitimidade normativa traduz a ideia de que uma instituição específica tem o direito de decidir sobre um assunto específico (COHEN; FOLLESSAL; GROSSMAN; ULFSTEIN, 2017, p. 4). Por outro lado, a legitimidade sociológica está muito mais associada à opinião pública. Se um Estado não “acredita” em determinada instituição internacional, provavelmente não irá cooperar com suas decisões. Em outras palavras, se uma instituição está sendo desacreditada devido à falta de legitimidade normativa, o debate não seria se a sociedade acredita que ela tem o direito de governar, mas se ela, efetivamente, teria tal direito (SCHAFFER, 2013, p.8).

Por outro lado, o debate em torno da legitimidade sociológica diz respeito à ideia de legitimidade pública, e se o público acredita que um tribunal ou instituição tem o direito de exercer autoridade em um determinado domínio (VOETEN, 2013, p. 414). Isso não implica no fato de que ambas as perspectivas devam ser analisadas de forma independente. As instituições podem estar sujeitas a legitimidade normativa e sociológica, pois o fato de uma instituição ter o direito, ou não, de exercer poder, pode depender, em parte, de se as pessoas sujeitas à sua autoridade a consideram legítima (SCHAFFER, 2013, p.8).

Com efeito, é perceptível que uma das principais críticas da Governança Global é a falta

de um suporte eleitoral para legitimar as decisões tomadas (ESTY, 2006, p. 1507). A democracia é usualmente vista como o sistema ideal para justificar o uso de autoridade (ESTY, 2006, p. 1507). Portanto, desse ponto de vista, a maioria das decisões estabelecidas por instituições internacionais seria ilegítima, uma vez que as autoridades internacionais geralmente não são eleitas democraticamente. No entanto, essa linha de pensamento é imprecisa, pois, mesmo sem eleições direta, é possível haver legitimidade, por meio de boas práticas de governança, por exemplo (ESTY, 2006, p. 1516)

A ONU apresenta oito características essenciais para práticas de boa governança: participação, orientação consensual (*consensual orientation*), *accountability*, responsividade, eficácia, equitabilidade, inclusão e uso de normas legais. Entende também que essas atividades exigem que a participação do público tenha a devida consideração, e que as vozes das minorias sejam levadas em consideração no processo de tomada de decisão. Essas práticas ajudariam a legitimar o exercício de autoridade no cenário internacional e a maximizar os benefícios da Governança Global (ESTY, 2006, p. 1514)

Na mesma linha, Esty argumenta que, em um contexto global, a legitimidade pode ser alcançada por meio de diferentes elementos, como: eficácia e entrega de bons resultados (*legitimidade baseada em resultados*); regulamentação rigorosa (*legitimidade baseada em ordem*); estruturas de “freios e contrapesos” (*legitimidade sistemática*); diálogo público (*legitimidade deliberativa*) e estabilidade processual (*legitimidade processual*) (ESTY, 2006, p. 1516). Esses são mecanismos que, se institucionalizados em instituições internacionais, poderiam ajudar a remediar a ausência de eleições democráticas. Ademais, cabe destacar que diferentes instituições podem ser legítimas por diferentes motivos. A Assembléia Geral da ONU, por exemplo, pode justificar sua autoridade em razão de sua inclusão e representatividade, enquanto um Tribunal Arbitral pode apoiar sua imparcialidade e rigor processual para justificar suas ações (MENDES; VENKZE, 2018, pp. 3-4).

Segundo a proposta de Esty, a “legitimidade baseada em resultados” decorre da experiência do legislador e sua capacidade de gerar benefícios sociais (ESTY, 2006, p. 1516). Tais resultados pressupõem a capacidade de entregar bons resultados com neutralidade, foco e conhecimento. A Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) é, por exemplo, conhecida por sua experiência técnica. A organização intergovernamental implementa uma política de troca de dados e informações, desempenha mecanismos de *benchmarking* e analisa os resultados e impactos das políticas desenvolvidas. Além disso, organiza, com frequência, reuniões entre ministros, a fim de incentivar a cooperação e discutir questões centrais para as nações. De maneira semelhante, com o objetivo de aumentar sua legitimidade, a Organização Mundial do Comércio (OMC) - embora não possua mecanismos de participação pública - adota processos técnicos em seu Órgão de Recurso, como “notificações recursais” (*notices of appeal*), base jurisprudencial consistente e mecanismos racionais de tomada de decisão (ESTY, 2006, p. 1543-49).

Por outro lado, a “legitimidade baseada na ordem” decorre da necessidade de esclarecer regras e impor ordem à determinada comunidade, oferecendo estruturas mais tradicionais e estabilidade. A “Legitimidade Sistemática” exige que as instituições adotem modelos de freios e contrapesos a fim de garantir um Estado de Direito, por exemplo. Isso pode ocorrer através do processo de distribuição de responsabilidades entre diferentes agentes e organismos internacionais, criando um sistema de cooperação entre as autoridades. Já a “Legitimidade Deliberativa”, trata do aprimoramento do debate no processo de elaboração de regras (*rule making process*). A ideia principal é que, devido à existência de pontos de vista diversos, a deliberação promove decisões mais racionais, cautelosamente construídas e aprimoradas. Por fim, a “Legitimidade Processual” exige que agentes internacionais atuem dentro de um processo considerado correto (*right process*) e sigam as regras estabelecidas pela instituição para melhorar seus resultados.

Há, portanto, formas alternativas à uma composição eleita democraticamente para promoção da legitimidade nas instituições. Para remediar o déficit democrático e aperfeiçoar a legitimidade sociológica, as instituições são encorajadas a adotar estruturas de boa governança para implementar o debate público, estabelecer ordens e produzir bons resultados.

2. *Accountability initiatives*

Na estrutura de Governança Global, a ausência de mecanismos de *accountability* é alvo de diversas críticas. Nos últimos anos, houve um aumento significativo de regras e decisões internacionais tomadas por atores não estatais e órgãos reguladores internacionais, cujos mecanismos de implementação são alvos de crítica (SCHOLTE, 2004, p.1). Acompanhando dessa crescente tendência da globalização, os déficits de *accountability* foram questionados por muitas instituições globais, como o FMI, a OMC e o Banco Mundial (LAFONT, 2010, p. 193).

Nesse ponto, Nagel argumenta que é comum que regimes nacionais implementem mecanismos de *accountability* mas, quando tratamos de um regime global, não existe um mecanismo de responsabilidade similar aos sistemas de justiça social criados para os pelo Estado, por exemplo (NAGEL, 2004, 139-40). Nesse contexto, a ONU identifica o mecanismo de *accountability* como um dos cinco princípios fundamentais para a construção de práticas de boa governança (UNITED NATIONS, 2014, p. 15). Caberia as instituições internacionais, então, prestar contas à comunidade global ao implementar suas decisões e regras. Krisch, por exemplo, identifica que há uma necessidade de prestação de contas sempre que uma autoridade possui poder e capacidade para impactar a autonomia ou relação de igualdade dos indivíduos de determinada população, que reforça a necessidade de uma regulação de caráter democrático (KINGSBURY, KRISCH, 2006, p. 6).

Por sua vez, o Conselho Europeu define *accountability* como a possibilidade de um agente ser responsável e fornecer explicações a respeito de suas ações e, quando apropriado, sofrer as devidas consequências se erros forem cometidos (ECDTL, 2007, p. 4). Schedler analisa o conceito através de duas perspectivas diferentes: responsabilidade e aplicação. O primeiro está

relacionado à obrigação de informar e fornecer detalhes sobre as decisões, enquanto o segundo se refere à possibilidade de punição nos casos em que se verifica comportamento inadequado da autoridade (SCHEDLER, 2008, p. 74-75). Assim, a prestação de contas na Governança Global deve não apenas garantir que o processo de tomada de decisões seja transparente, mas também garantir a possibilidade para eventual remoção de atores políticos na esfera global. Em outras palavras, a *accountability* na Governança Global depende não apenas da criação de mecanismos públicos e transparentes, mas também do estabelecimento de compromissos e objetivos claros, processos de revisão e mecanismos de acompanhamento. Isso significa que a ideia de *accountability* não deve ser vista como um fim em si mesma, mas como um mecanismo para alcançar resultados de boa governança (UNITED NATIONS, 2014, p. 15).

Nessa perspectiva, Mendes argumenta que, embora as ferramentas para garantir a responsabilização sejam essenciais para a legitimidade na Governança Global, elas não fornecem nenhuma orientação sobre quais são as atribuições de cada autoridade no sistema jurídico internacional (MENDES; VENKZE, 2018). Sustenta, então, a importância de um sistema de prestação de contas que se preocupa com quem presta contas a quem, de que forma esse processo ocorre, e quais são suas possíveis consequências. Assim, o ideal de *accountability* está intimamente relacionado à distribuição de poder entre diferentes instituições e agentes. Em outras palavras, após definir a existência de responsabilidade, ainda é preciso entender como as responsabilidades devem ser distribuídas entre as diferentes instituições internacionais e órgãos reguladores.

Por esse motivo, um sistema de separação de poderes que funcione bem, que forneça o envolvimento entre instituições, seria uma forma de aumentar a *accountability* no sistema global (CAROLAN; CURTIN, 2018, p. 72). Contudo, dada a estrutura complexa da Governança Global não bateria uma ideia abstrata e tradicional de separação de poderes. Deve-se pensar em um sistema realista de freios e contrapesos, baseado no que cada instituição pode contribuir (CAROLAN; CURTIN, 2018, p. 54); (MENDES; VENKZE, 2018, p. 18)⁴. Por exemplo, nem as Nações Unidas, nem a Organização Mundial do Comércio, que são organizações internacionais desenvolvidas e bem estruturadas, implementam uma divisão rigorosa entre poderes executivo, legislativo e judicial (MENDES; VENKZE, 2018, p. 18). Isso indica que a Governança Global deve dar de forma articulada e não difusa; dando ênfase as conexões entre diferentes instituições que exercem autoridade no sistema global (MENDES; VENKZE, 2018, p. 11).

Frente ao exposto, é certo que há muitas críticas em relação à legitimidade e *accountability* nas instituições que compõem o sistema de Governança Global. Em busca de

4. Os autores Mendes e Venkze entendem que a tendência atual seria afastar-se de uma divisão de poderes tripartida tradicional e avançar para um conceito de autoridade relativa (*relative authority*). Para maior desenvolvimento da tese sobre a divisão e alocação de autoridade pública de forma relativa entre as diferentes instituições.

alternativas eficazes para solucionar tais questões, avalia-se a possível contribuição dos mecanismos de governança da União Europeia como forma de inspiração.

II- Os modelos articulados de governança da UE: em busca de princípio de boa governança em uma abordagem multinível

Quando se trata de governança internacional, a autoridade é frequentemente dispersa e fragmentada. Em organizações globais, os processos intergovernamentais de elaboração (*rule-making*), aplicação (*rule-application*) e *enforcement* de regras possuem muitas vezes suporte institucional inadequado e são restrições constitucionais (PETERSMANN, 2012, p. 196). À nível global, não existe uma instituição centralizada de regulação ou fiscalização. Ao contrário, uma pluralidade de ordens jurídicas se organiza horizontal e verticalmente, de forma pública e privada (CAFFAGI, CARON, 2012). Neste contexto, discutir a distribuição e organização de poderes na União Europeia pode servir de inspiração para reivindicações de legitimidade no plano internacional devido aos desenvolvimentos conceituais e práticos potencialmente instrutivos da UE (MENDES; VENKZE, 2018, p. 6).

Apesar da estrutura específica da UE, os desafios europeus relativos à divisão e alocação de autoridade possuem semelhanças com os internacionais (MENDES; VENKZE, 2018, p. 3-6). Ao procurar alternativas para minimizar as preocupações de legitimidade e *accountability* de instituições internacionais, pode-se considerar os modelos articulados de governança da UE, orientados por princípios de boa governança e por uma abordagem de governança multinível (*multilevel governance*).

Esse processo se iniciou em resposta às crescentes críticas institucionais e à desconfiança da comunidade na capacidade da UE de lidar com problemas mundiais, no início dos anos 2000, quando a Comissão Europeia identificou a necessidade de reformar a “governança europeia”. Na tentativa de criar estratégias políticas mais inclusivas e responsáveis, a Comissão propôs princípios de boa governança para orientar os Estados Membros, as autoridades locais e a sociedade civil em direção a um sistema mais eficaz (A)(COM, 2001, p. 7). Com a persistência dos desafios, quase 20 anos depois, as iniciativas de “governança multinível” ganharam destaque na Europa(B).

A) Os princípios de boa governança da UE

A União Europeia define Governança como as regras, processos e comportamento pelos quais os interesses são articulados, os recursos são gerenciados e o poder é exercido na sociedade (COM, 2003, para 1-4). Nesse sentido, a “boa governança” pode ser entendida sob duas perspectivas: ou como um processo de governança ou como um resultado da governança. Essas visões se ilustram por atividades das Nações Unidas. De um lado, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas propõe cinco características de boa governança: transparência,

responsabilidade, prestação de contas (*accountability*), participação e capacidade de resposta (*responsiveness*) (UNITED NATIONS, 2008, para 1-4) implicando que a boa governança está mais associada ao processo e desenvolvimento de suas políticas do que aos seus resultados propriamente. Por outro lado, a Resolução 2000/64 da ONU associa boas práticas de governança ao crescimento e desenvolvimento humano sustentável (BRADLEY; SLOCUM-BRADLEY, 2006, p. 6). A Resolução 2000/64 da ONU observa que práticas de boa governança variam necessariamente de acordo com as circunstâncias e necessidades particulares de diferentes sociedades, e que a responsabilidade de determinar e implementar tais práticas, baseadas na transparência e *accountability*, visa criar e manter um ambiente propício ao gozo de todos os direitos humanos em nível nacional.

A Carta para Governança Multinível na Europa (*Charter for Multilevel Governance in Europe*) declara que o Comitê das Regiões (*Committee of the Regions*) está comprometido em promover a participação dos cidadãos, cooperar com autoridades públicas e fortalecer a capacitação institucional (*capacity building*) e a cooperação transnacional. O *White Paper* sobre Governança Europeia de 2001 apresenta cinco princípios para alcançar mudanças nas práticas de governança: abertura, participação, responsabilidade, eficácia e coerência (p. 10). A fim de promover abertura e a participação, a Comissão sugere que as instituições colaborem com os Estados-Membros para implementar mecanismos de comunicação e usar uma linguagem clara e compreensível para o público em geral. Essas práticas podem aumentar a confiança do público na União, pois o referido documento esteve aberto à consulta pública por nove meses. Tal ação aponta para o compromisso da Comissão de promover abertura e transparência em seus procedimentos. Não obstante os princípios terem recebido um retorno favorável do público, outras propostas foram sugeridas, como a adição de legitimidade democrática e princípios de subsidiariedade (COM, 2003, p. 7).

Além disso, aponta-se que para aumentar a *accountability* na UE, as fronteiras entre os processos legislativo e executivo devem ser esclarecidas. Essa ideia também está relacionada à necessidade de efetividade. As políticas devem apresentar objetivos claros, expertise e avaliação de seus possíveis impactos. Finalmente, a coerência requer uma forte liderança política para implementar práticas consistentes entre uma abordagem tão complexa.

No entanto, esses princípios não seriam eficazes sem mecanismos e propostas práticas. A Comissão mencionou, por exemplo, que adotaria normas para consulta pública e as publicaria em um código de conduta até o final de 2001 (COM, 2001, p. 11). Também se comprometeu com a publicação de diretrizes sobre o uso de consultoria especializada, a fim de fornecer mais *accountability*, pluralidade e integridade em suas decisões (COM, 2001, p. 19). O *White Paper* de 2001 sugere ainda que “o método comunitário” seja implementado para garantir boas práticas de governança na União. Apresenta o mecanismo como um meio de conciliar interesses diferentes da Comissão, do Conselho e do Parlamento Europeu (p. 8). Segundo a Comissão, o método garante o tratamento justo de todos os Estados-Membros, do maior ao menor, e promove a

diversidade e a eficácia da União.

Um exemplo da aplicação dos princípios de boa governança pode ser visto em uma *Communication to the Commission* de 2018,, que prescreve que no âmbito da “Better Regulation agenda”, a Comissão Europeia, além das informações fornecidas em seu site, criou várias ferramentas de consulta on-line, como o 'Transparency Portal', 'Transparency Register', 'Financial Transparency System', 'Facilitating access to documents' (COM, 2018, 7703, p. 19-20).

Com efeito, os princípios de transparência e *accountability* são importantes para responder a preocupações de legitimidade. Os princípios de boa governança podem ser essenciais para obter confiança, especialmente para melhorar a administração pública nos Estados Membros e tornar mais eficazes os sistemas de gestão e *accountability* do setor público (GRIMHEDEN, TOGGENBURG, 2018). Ainda assim, de acordo com a teoria de Joana Mendes e Ingo Venzke, eles podem não ser suficientes para esse fim (MENDES; VENKZE, 2018, p. 7). Os autores afirmam que a implementação de mecanismos de *accountability* e transparência só acessariam a questão da legitimidade quando a autoridade é exercida sem controle ou sem visibilidade (MENDES; VENKZE, 2018, p. 7). Isso significa que nos processos de divisão e alocação de autoridade - em geral - pode ser que esses princípios de boa governança não consigam abordar as atividades de tomada de decisão das instituições, nem levar em consideração a relação dinâmica entre diferentes instituições.

Depois de quase 20 anos desde o início dos debates sobre boa governança, os desafios permaneceram e surgiram na UE iniciativas de governança 'multinível' ('*multilevel*' ou '*multilayer*'). Enquanto o *2001 White Paper on EU Governance* prescreve cinco princípios substantivos subjacentes à boa governança (abertura, participação, *accountability*, eficácia e coerência); pode-se dizer que o conceito de “*Multilevel Governance*” possui uma natureza essencialmente processual e, possivelmente, foi elaborado para garantir a implementação, manutenção e aprimoramento desses princípios (CoR, 2009, p. 5).

B) A abordagem de governança multinível da UE

No contexto da União Europeia, existem diversas conotações para a teoria da governança multinível (HORGA; FLORIAN, 2011. p. 2), que se relacionam com diferentes fenômenos (PANARA, 2016, p. 706). O conceito foi originalmente criado por cientistas políticos interessados em entender e explicar o funcionamento dos processos de tomada de decisão da UE. Posteriormente, estudiosos entendem que a governança multinível se tornou também um conceito com sentido normativo e jurídico (PANARA, 2016, p. 706).

Em 2009, o Comitê das Regiões, um órgão da UE composto por autoridades regionais e locais, preparou outro *White Paper* sobre Governança da EU, desta vez focando na governança multinível (*White Paper on Multilevel Governance*), a fim de reforçar os instrumentos de parceria e colaboração em toda a Europa. Definiu “Governança Multinível” (MLG) como ação

coordenada pela União Europeia, Estados-Membros, autoridades locais e regionais, baseados em ideais de parceria, com objetivo de elaborar e implementar políticas da UE⁵. Dentre outros objetivos, a governança multinível deve permitir à União avaliar o impacto de suas diretrizes nos níveis regional e local (CoR, 2011. p. 29), bem como reiterar o ideal de “método comunitário” (*community method*) como pilar da governança europeia (CoR, 2011. p. 8).

Esse documento *White Paper* possui caráter essencialmente processual na medida em que estabelece diretrizes sobre como as decisões devem ser tomadas na UE (PANARA, 2016, p. 711). De acordo com o Comitê das Regiões, o ideal de MLG surge como “método” ou “abordagem” apropriado para reunir e coordenar a ação dos diferentes níveis de governo no sistema multinível da UE. Levando em conta o princípio da subsidiariedade, a abordagem de governança multinível visa a integração de diferentes camadas de governo nos processos de elaboração de políticas e de leis, considerando a adoção de mecanismos, como consultas e análises de impacto territorial (CoR, 2009. p. 5).

O ideal da governança multinível parte da premissa de que a UE depende do forma de governança e das contribuições de vários atores para tratar de questões de legitimidade, eficiência e visibilidade (CoR, 2009. p. 4). Nesse sentido, aplicar uma abordagem de MLG significa ir além de questões de participação e consulta; mas de fato, promover um sistema mais dinâmico e de maior responsabilidade compartilhada entre todos os atores envolvidos (*shared responsibility*). Portanto, essa abordagem aspira a um equilíbrio complementar entre governança institucional e de parceria (*institutional and partnership-based governance*) (CoR, 2009. p. 4).

Consequentemente, o modelo de governança multinível da UE compreende também a cooperação interparlamentar e o fortalecimento da legitimidade democrática no processo normativo (*law-making*) (CoR, 2009. p. 9). O próprio caráter dinâmico da MLG impede com que seja entendido através apenas das lentes da tradicional separação de poderes (CoR, 2009. p. 5). Segundo o *White Paper* de 2009, ter uma estrutura institucional que envolva diferentes “níveis de governo” não é suficiente para garantir uma boa governança, pois é necessário haver cooperação entre os diferentes papéis políticos e democráticos exercidos de forma legítima. Valorizam-se, assim, métodos baseados em valores de cooperação e confiança, e não no confronto (CoR, 2009. p. 8⁶).

Nesse cenário, a estrutura não tradicional da UE de separação de poderes pode ser um exemplo da abordagem dinâmica de governança multinível. Os mecanismos de *accountability* da UE incluem mecanismos sem caráter político, como os pareceres técnicos dos comitês de comitologia e o uso de *benchmarking*, pelos quais os regulamentos e diretrizes da UE são

5. A definição de Multilevel Governance (MLG) no original foi: “coordinated action by the European Union, the Member States and local and regional authorities, based on partnership and aimed at drawing up and implementing EU policies”.

6. No original: “European democracy would be reinforced by more inclusive and flexible interinstitutional cooperation and by more sustained political cooperation between the various levels of power; European political parties, which are a particularly important element for strengthening the European political sphere and thus helping to develop a political culture of multilevel governance.”

continuamente avaliados para garantir um sistema transparente e racional de divisão dos poderes (CAROLAN; CURTIN, 2018, p. 73). Isso ilustra um tipo de *accountability* mais interativa que não se limita a uma divisão tripartida de funções.

A UE desde sua concepção lidou de forma especial com divisão de limites e competências entre as instituições, buscando um certo equilíbrio institucional pelo princípio do “institucional balance”. Segundo Jean-Paul Jacqué, por esse princípio as instituições deveriam agir dentro dos limites de suas competências (JACQUÉ, 2004, p. 383). Indo além do funcionalismo, Carolan e Curtin argumentam que a UE se beneficiaria muito também de um arranjo de separação de poderes que leve em conta evidências empíricas de práticas institucionais e não apenas com uma versão institucionalizada de separação de poderes (CAROLAN; CURTIN, 2018, p. 73). Isso significa buscar por mecanismos de governança articulados baseados em interações concretas de instituições específicas, para os quais dificilmente legisladores conseguiram traçar parâmetros exatos de separação de poder.

A distribuição de funções também é essencial por uma razão lógica: na maioria dos países, é impraticável que os legisladores, devido ao seu tempo e recursos limitados, tomem todas as decisões. Pode ser necessário delegar funções a um órgão executivo. Ainda mais de uma estrutura tão complexa como a da UE atualmente. Por exemplo, o Conselho e Parlamento da UE, responsáveis por funções legislativas, muitas vezes não conseguem suprir a demanda de regulamentos altamente técnicos e detalhados, motivo pelo qual muitas decisões são delegadas a um órgão executivo (a Comissão). Assim, a legislação da UE em certas hipóteses autoriza a Comissão Europeia a adotar outras funções. Nesse ponto, surge a ideia da comitologia, que remete para um conjunto de procedimentos, incluindo reuniões de comitês, em que representantes nacionais dos Estados podem se pronunciar sobre os atos de execução (WEILER; KOCJAN, 2004, p. 5).

Além disso, uma estrita divisão tripartida indicaria que uma decisão tomada por um dos três principais órgãos institucionais (Parlamento, Conselho e Comissão) representava o exercício final do poder. No entanto, a realidade da UE é muito diferente. Por exemplo, ao desempenhar suas funções, os auditores da Comissão na UE enfrentam estruturas institucionais confusas e são forçados a cruzar as linhas de uma teoria mais fechada de divisão tripartida. Da mesma forma, ainda que atores autônomos, o Banco Central Europeu e o Tribunal de Justiça da União Europeia, também são obrigados a se envolver em processos de articulação com outros atores a fim de implementar suas políticas e decisões (CAROLAN; CURTIN, 2018, p. 55).

Nesse contexto, o MLG ganha importância pois o desenvolvimento de um sistema eficiente de freios e contrapesos depende de como diferentes instituições interagem umas com as outras na prática. O sistema de comitologia da UE é uma maneira de demonstrar essa interação não centralizada, pois inclui cerca de 220 comitês que discutem e decidem sobre regulamentos europeus. Um dos objetivos deste sistema é encontrar a opção mais técnica que beneficie os interesses da União sobre os interesses de governos nacionais dos Estados-membro

(CAROLAN; CURTIN, 2018, p. 75). Além das razões práticas de eficiência e de evitar sobrecarregar o Conselho, o sistema busca também fornecer mais legitimidade ao processo regulatório, como por exemplo, pelas contribuições dos representantes dos governos nacionais (ST. CLAIR, 1992, p. 720; WEILER; KOCJAN, 2004, p. 7).

Em 2011, por exemplo, pondo em prática o MLG, o Comitê das Regiões exigiu sua própria participação em acordos entre o Parlamento Europeu, o Conselho e a Comissão Europeia para lidar com mecanismos de avaliação e consulta, no âmbito da ação 'Better Lawmaking'. Na mesma ocasião, convidou a Comissão Europeia a garantir acesso imediato às autoridades locais e regionais à comitologia e a grupos de especialistas responsáveis pela implementação do plano (CoR, 2009, p. 21). Além disso, com o objetivo de implementar efetivamente a MLG, o Comitê das Regiões criou o “*Scoreboard on Multilevel Governance*” que monitora anualmente os impactos e desenvolvimentos da MLG na UE (CoR, 2011, p. 2).

O modelo europeu de distribuição de poderes e *accountability* pode não ser ideal para todos os tipos de regimes regulatórios na esfera global. No entanto, ilustra uma configuração institucional não tradicional, que não segue uma divisão tripartida de poderes intimamente ligada a ramos governamentais específicos (MENDES; VENKZE, 2018, p. 18). Possivelmente, a meta seria pensar sobre um processo de divisão de autoridade que observe a realidade dinâmica e a especialidade de cada instituição na UE (MENDES; VENKZE, 2018, p. 18-22), tendo como base princípios de boa governança e governança multinível.

CONCLUSÃO

A expansão do regime de governança global, juntamente com a crescente participação de atores não estatais em processos normativos internacionais fazem questionar a suficiência das fontes tradicionais do direito internacional. O novo cenário, marcado pela emergência de interesses da comunidade internacional, não só motiva o questionamento da estrutura tradicional, como também instiga a investigação do seu impacto e de possíveis respostas para novos desafios e fenômenos que não podem ser enquadrados nas categorias formais existentes. Sustentar o abandono da visão estadocêntrica, contudo, não deve ser confundido com a ideia de que a estrutura de governança global seja um processo sem atores ou autoridades que possam ser responsabilizados (*accountable authorities*) (VON BOGDANDY, PHILIPP; GOLDMAN, 2009, p. 1380). Ao contrário, trata-se de uma mudança de perspectiva, em que, ao invés dos sujeitos, o foco esteja no exercício de autoridade pública; ou por um estado, ou por um agente híbrido ou privado (VON BOGDANDY, PHILIPP; GOLDMAN, 2009, p. 1376).

Por essa perspectiva e em contexto de Governança Global, busca-se o papel da Regulação Internacional para lidar com as criticadas falta de mecanismos de *accountability* e a ausência de suporte eleitoral na maioria dos órgãos internacionais. No atual panorama da Regulação Internacional, desenvolvimentos conceituais e práticos na União Europeia podem ser

esclarecedores para enfrentar os desafios globais no campo normativo. Para minimizar as preocupações de legitimidade e *accountability*, vale notar os modelos de governança articulados da UE que sigam princípios de boa governança e busquem implementar um sistema de governança multinível.

No que diz respeito à governança internacional, uma vez que não há autoridade com poder de execução global e de fiscalização do provimento de interesses comunitários, mecanismos de cooperação internacional parecem uma alternativa interessante. Por sua vez, o Direito Internacional poderia também buscar formas de reforçar a integração das instituições - tipicamente fragmentadas - na elaboração de normas e regras comuns favoráveis ao fornecimento de bens públicos globais (KAUL; GRUNBERG; STERN, 1999). A compreensão do fenômeno e dos desafios da Governança Global esclarece como a promoção de bens comuns depende do cumprimento voluntário dos Estados, de um senso de propósito coletivo, e dos sistemas nacionais (PETERSMANN, 2012). As abordagens apresentadas de boa governança e governança multinível auxiliam na busca de soluções apropriadas para os desafios da regulação internacional em tempos de significativas mudanças, tanto no cenário europeu, como no Internacional.

REFERÊNCIAS:

Livros:

- ALVAREZ, Jose E. **The New Treaty Makers**. Boston: Boston College International & Comparative Law Review, 2002.
- BUCHANAN, Allen; KEOHANE, Robert O. **The Legitimacy of Global Governance Institutions** Ethics & International Affairs, 2006.
- d'ASPREMONT, Jean. **Non-State Actors in International Law: Oscillating between Concepts and Dynamics**. Routledge, 2011, maio.
- HALE, Thomas N. **Transparency, Accountability, and Global Governance**. Brill, 2008.
- JACQUÉ, Jean-Paul. **The Principle of Institutional Balance**. Common Market Law Review, 2004.
- KAUL, Inge; GRUNBERG, Isabelle; STERN, Marc A. **Global Public Goods: International Cooperation in the 21st Century**. OUP, 1999.
- LAFONT, Cristina. **Accountability and global governance: challenging the state-centric conception of human rights**. Taylor & Francis, 2010.
- MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. **Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority**. Hart Publishing, 2018.
- NAGEL, Thomas. **The Problem of Global Justice**. Blackwell Publishing, 2004.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich. **Multilevel Governance of Interdependent Public Goods Theories, Rules and Institutions for the Central Policy Challenge in the 21st Century**,

Florence: European University Institute, 2012, p. 196.

REUS-SMIT, Christian. **International Crises of Legitimacy**. International Politics, 2007.

SCHAFFER, Johan Karlsson. **Legitimacy, Global Governance and Human Rights Institutions: Inverting the puzzle**. Cambridge: Cambridge University Press, 2013.

SCHEDLER, Andreas. **Conceptualizing Accountability**. Lynne Rienner, 1999.

SCHOLTE, Jan Aart. **Civil Society and Democratically Accountable Global Governance**. Blackwell Publishing, 2004.

VOETEN, Erik. **Public Opinion and the Legitimacy of International Courts**. Theoretical Inquiries in Law, 2013.

ZURN, Michael. **A Theory of Global Governance: Authority, Legitimacy, and Contestation**. Oxford University Press, 2018.

ZYBERI, Gentian. **Non-State Actors from the Perspective of the International Law Commission**. Routledge, 2011.

Artigos:

ANDERSON, Kenneth. Global Governance: The Problematic Relationship between Global Civil Society and the United Nations. **WCL Research Series**, 2008.

ARTS, Bas,; Non-state actors in global governance: Three faces of power, Preprints aus der **Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter**, No. 2003/4, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn, 2003.

ARTS, Bas. **Non-State Actors in Global Governance: Three Faces of Power**. Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, 2003.

BRADLEY, Andres; SLOCUM-BRADLEY, Nikki. Is the EU's Governance 'Good'? An assessment of EU Governance in its partnership with ACP States. **UNU Institute on Comparative Regional Integration Studies Working Papers W-2010/1**, 2006.

CAFFAGI, Fabrizio, CARON, David D. "Global Public Goods amidst a Plurality of Legal Orders: A Symposium". **The European Journal of International Law** Vol. 23 no. 3, 2012.

CAROLAN, Eoin; CURTIN, Deirdre. In Search of a New Model of Checks and Balances for the EU: Beyond Separation of Powers. In: MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo (eds.) **Allocating Authority: who should do what in European and International Law**. Hart Publishing, 2018.

COHEN, Harlan G.; FOLLESSAL, Andreas; GROSSMAN, Nienke; ULFSTEIN, Geir. **Legitimacy and International Courts - A Framework**. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

D'ASPREMONT, J. Non-state actors in international law: oscillating between concepts and dynamics. In: D'ASPREMONT, J. (ed.). **Participants in the International Legal System**. Abingdon: Routledge, 2011, agosto.

ESTY, Daniel. Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law. New Haven: **Yale Law Journal**, 2006.

GIERTL, Adam; LAZOECAKOVÁ, Tímea. The Role of Non-Governmental Organizations in International Law-making. **Czech Yearbook of Public & Private International Law**, v.9, 2018.

GRIMHEDEN, Jonas, TOGGENBURG Gabriel N.. **The Right to Good Administration in the Multilevel System of the European Union**—A “Newish” Right Strengthening the Administrative Culture. In: ZHANG, Wei, LI, Ruoyu; YAN, Zihan. **Human Rights and Good Governance**, v.1, Koninklijke Brill nv, Leiden, 2016.

HORGA, Joan; FLORIAN, Gyula Laszlo. **Multilevel Governance (MLG) And Subsidiary Principle In White Paper Of MLG Of The Committee Of The Regions (COR)**. Munich: University Library of Munich, MPRA Paper No. 44854, 2011.

KINGSBURY, Benedict; KRISCH. **Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order**. The European Journal of International Law, 2006.

MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo. Allocating Authority: who should do what in European and International Law- Introducing the Idea of Relative Authority. In: MENDES, Joanna; VENKZE, Ingo (eds.) **Allocating Authority: who should do what in European and International Law**. Hart Publishing, 2018.

PANARA, Carlo. Multi-Level Governance as a Constitutional Principle. In: PANARA, Carlo (ed.) **The Sub-national Dimension of the EU**, Springer International Publishing, 2016.

POSTIGA, Andréa Rocha. A emergência do direito administrativo global como ferramenta de regulação transnacional do investimento estrangeiro direto. Brasília: **Revista de Direito Internacional**, 2013.

ST. CLAIR, Bradley Kieran. Comitology and the Law: through a glass, darkly. **Common Market Law Review**, 1992.

the requirements of global governance. **European Review of Contract Law** n. 3, 2010.

VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann; GOLDMAN, Matthias. Developing the Publicness of Public International Law: Towards a Legal Framework for Global Governance Activities. **German Law Journal**, 2009.

WATT, HORATIA MUIR. “Party Autonomy” in international contracts: from the makings of a myth to

WEILER, J.H.H; KOCJAN, M. European Community System: Comitology. **Teaching Material for the Jean Monnet Center at NYU School of Law**, 2004.

WEISS, Thomas G.; SEYLE, Conor D.; COOLIDGE, Kelsey. The Rise of Non-State Actors in Global Governance Opportunities and Limitations. **One Earth Future Foundation Discussion Paper**, 2013.

XAVIER JUNIOR, Ely Caetano; BRANDÃO, Clarissa. Desafios Globais Contemporâneos: Cenário de Convergências no Direito Internacional. **Revista Direito GV** 5(2), 2009.

International Documents:

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW (ECDTL). **Report on**

the Democratic oversight of the Security Service. Council of Europe, 2007. p. 4.

EUROPEAN COMMISSION. Communication from the Commission to the Council, the European Parliament and the Economic and Social Committee, **Participation of Non-State Actors in EC Development Policy.** Brussels, 07.11.2002, COM (2002). 598.

_____. **Communication from the Commission to the Council, The European Parliament and the European Economic and Social Committee - Governance and Development.** European Union, COM (2003) 615, 2013.

_____. **European Governance.** Brussels, COM (2018) 7703.

_____. **European Governance.** European Union, COM (2001) 428, 2001.

_____. **Report from the Commission on European Governance.** European Union, 2003.

INTERNATIONAL LAW ASSOCIATION (ILA Report). Committee on Non-State Actors Report of the 2016 Johannesburg Conference;

_____. Committee on Non-State Actors Report of the 2012 Sofia Conference.

_____. Committee on Non-State Actors Report of the 2010. Hague Conference.

THE COMMITTEE OF THE REGIONS(CoR). **Charter for Multilevel governance in Europe.** Title 2

_____. **Multilevel Governance.** European Union, 2009.

_____. **Scoreboard for Monitoring Multilevel Governance (MLG) at the European Union level.** European Union, 2011.

UNITED NATIONS HUMAN RIGHTS OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER. **Good Governance and Human Rights.** United Nations, 2008.

UNITED NATIONS. **Policy Note Global governance and global rules for development in the post-2015 era.** United Nations, 2014. p. 15

_____. **What is Good Governance?** Available at <<https://www.unescap.org/sites/default/files/good-governance.pdf>>

O SISTEMA DE REVISÃO CONSTITUCIONAL EM MOÇAMBIQUE

Edson da Graça Francisco Macuácuá¹

RESUMO: O Presente trabalho tem como objecto de estudo, o sistema de revisão constitucionalidade em Moçambique. O trabalho aparenta o conceito de Revisão Constitucional, a natureza do poder de revisão constitucional, o processo e procedimentos de revisão constitucional e os limites de revisão constitucional, analisa a problemática da Inconstitucionalidade em sede da revisão constitucional.

Palavras Chaves: Vicissitudes Constitucionais, Revisão Constitucional, Limites de Revisão Constitucional, Inconstitucionalidade.

ABSTRACT: The present study is about the system of constitutional review in Mozambique. The study presents the concept of Constitutional review, the nature of the power of Constitutional review, the process and procedures of Constitutional review and the limits of Constitutional review, it analyses the problem of unconstitutionality in terms of Constitutional review.

Keywords: Constitutional vicissitudes, Constitutional review, Limits of Constitutional review, Unconstitutionality.

1. Características do sistema de Revisão constitucional em Moçambique

As características do sistema de revisão da CRM são essencialmente sete:

- a) Só a AR compete a revisão da Constituição, e sem recurso ao referendo (reserva parlamentar da revisão), artigo 303 da CRM;
- b) A Revisão Constitucional está sujeita a limites temporais tendo de decorrer cinco anos depois de se proceder a última revisão (salvo a assunção de poderes extraordinários), artigo 301 da CRM;
- c) As alterações à Constituição carecem de uma maioria especialmente qualificada 2/3 dos deputados, artigo 303 da CRM;
- d) Existem limites materiais de revisão constituição que impedem a alteração da Constituição quanto a várias matérias, artigo 300 da CRM;
- e) Na vigência do estado de sítio ou de emergência não pode ser aprovada qualquer alteração da Constituição, artigo 302 da CRM;
- f) As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos deputados da AR, nº 1 do artigo 303 da CRM;

1. Doutorando em Direito; Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano; Mestre em Direito; Mestre em Administração Pública; Mestre em Direito dos Petróleos e do Gás; Consultor e Docente Universitário

g) O presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão, nº 3 do artigo 303 da CRM;

2. A Revisão Extraordinária da Constituição e Poder Extraordinário de Revisão Constitucional

De acordo com o disposto no artigo 301 da CRM, a Constituição só pode ser revista cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão, salvo deliberação de assunção de poderes extraordinários de revisão, aprovada por maioria de três quartos dos Deputados da Assembleia da República.

Da disposição constitucional supracitada, pode-se depreender que a revisão ordinária da Constituição da República decorre, em termos temporais de 5 em 5 anos, sendo que a que ocorre antes de decorrido este lapso de tempo é extraordinária, requerendo para o efeito a assunção de poderes extraordinários de revisão.

Uma das questões fundamentais é compreender o espírito do Legislador Constitucional, ao consagrar o poder extraordinário de revisão constitucional.

Uma interpretação, meramente, literal e restritiva e atendo-se ao facto de o poder extraordinário estar inserido na disposição atinente ao limite temporal, pode criar a percepção de que o poder extraordinário, limita-se aos casos em que a revisão é realizada antes de decorridos cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão constitucional, isto é, pode circunscrever-se o poder extraordinário à dimensão apenas dos limites temporais, previstos no artigo 301, da CRM.

Na verdade, a História Constitucional Moçambicana, regista que o conceito de poder extraordinário de revisão constitucional, sofreu uma evolução interpretativa, a não se limitando apenas à dimensão temporal.

Com efeito, o poder extraordinário de revisão constitucional, foi sempre avocado como um poder de revisão constitucional em circunstâncias extraordinárias, significando que uma vez assumido, passa-se de um regime de uma Constituição rígida, para uma Constituição flexível, o que permite a dispensa de determinadas formalidades procedimentais, tendo como consequências as mesmas decorrentes do exercício de um poder constituinte chamando a si o poder soberano, aliás sempre presente, ainda que estando latente.

Na doutrina portuguesa, matriz da Constituição Moçambicana, perfilham duas correntes de interpretação sobre o significado do poder extraordinário de revisão Constitucional, designadamente:

Uma que considera que *“se através dos limites materiais a Constituição pretende conformar o conteúdo das revisões constitucionais futuras, através dos limites temporais a Constituição calendariza ela própria a alternância entre aquilo a que Bruce Ackerman chamou momentos constitucionais e a política de todos os dias (...). Ou seja, o poder constituinte pré-determina os momentos em que deverá ocorrer um retorno aos princípios da fundação.*

*Simplesmente, a tentativa de pré-definição dos momentos constitucionais torna-os, especialmente, vulneráveis a prevalência da negociação em detrimento da argumentação no desenvolvimento da política constitucional, especialmente se levarmos em consideração a evolução mais recente do sistema político português. (...)*².

Portanto a corrente supra entende que a questão da extraordinariedade está intrinsecamente associada às balizas temporais de revisão constitucional.

A outra corrente considera que *“O processo de revisão extraordinária, como o nome indica, não assume o carácter de uma actualização global da lei fundamental, antes se dirigindo, cirurgicamente, à revisão de aspectos pontuais e não estruturantes da Constituição”*³.

Entre os que perfilham esta corrente em Moçambique destaca-se o Dr. Teodato Hunguana o qual defende que:⁴

- ✓ O limite temporal previsto no artigo 293⁵, da CRM, *“não deve ser entendido no sentido de que os poderes extraordinários de revisão são assumidos com o único fim de afastar esse limite temporal. Tal seria caso o objectivo fosse o de se antecipar a revisão ordinária.*
- ✓ *Assim, se por via de uma revisão extraordinária, se abrisse para uma revisão geral da Constituição, estaríamos perante uma antecipação da revisão ordinária.*
- ✓ *Porém, uma revisão extraordinária não é, necessariamente, uma antecipação da revisão ordinária. Ela pode corresponder à necessidade de uma intervenção cirúrgica para remover, ou resolver, uma dificuldade consubstanciada em determinados dispositivos. É precisamente o caso vertente em que estamos perante uma revisão pontual. Diferentemente, no caso de antecipação de uma revisão ordinária, uma vez tomada a iniciativa pelo proponente, ela teria que estar aberta às propostas de todos os outros interessados, nos termos do n.º 1, do artigo 291.*
- ✓ *O conceito e conteúdo dos «poderes extraordinários de revisão» depende das razões que justifiquem, fundamentem ou determinem a sua assunção. Portanto, o afastamento deste limite não constitui, em si mesmo, a causa, ou causa única, da referida assunção.*
- ✓ *Foi precisamente a reflexão sobre a experiência da adopção do Acordo Geral de Paz, em 1992, que levou à inserção da segunda parte do artigo 293.*
- ✓ *Com efeito, a Constituição de 1990 já estabelecia, no n.º 2, do seu artigo 198, o prazo de 90 dias antes do início do debate, para o depósito das propostas de alteração. Por sua vez, o Protocolo VI, Do Cessar Fogo, do Acordo Geral de Paz, estabelecia, na alínea a), do n.º 5, que “O cessar fogo entrará em vigor no Dia E...O Dia E é o dia da adopção do*

2. MIGUEL NOGUEIRA DE BRITO. Tragédia e Erro na Revisão Constitucional de 1997

3. Projecto de Resolução n.º 122/VIII Assunção de Poderes de Revisão Constitucional: Exposição de motivos, pág. 1 (Projecto de Resolução dos Deputados do PSD na Assembleia da República de Portugal, em 8 de Março de 2001)

4. Artigo de opinião do Dr. Teodato Hunguana, publicado no Jornal O País, na edição de 26 de Fevereiro de 2018. Teodato Hunguana foi Deputado e Membro da Comissão Permanente da Assembleia da República e Juiz Conselheiro do conselho Constitucional

5. Actual artigo 301. Quando o ilustre Constitucionalista moçambicano escreveu era antes da revisão constitucional de 2018

Acordo Geral de Paz, pela Assembleia da República, incorporando-o na lei moçambicana."

- ✓ *Daí que, quando em Outubro de 1992, o Presidente Joaquim Chissano regressou de Roma, face à urgente e inadiável necessidade de imediata entrada em vigor do Acordo Geral de Paz para se pôr termo à guerra, sem exagero, pode dizer-se que desceu do avião e dirigiu-se à Assembleia da República para submeter o Acordo Geral de Paz à sua aprovação, com as incontornáveis alterações constitucionais que eram pressupostas. Embora não existisse dispositivo que acautelasse a existência de uma revisão extraordinária, na circunstância não era possível observar-se aquele prazo de 90 dias para o depósito do Acordo Geral de Paz, prévios à sua apreciação e aprovação pela Assembleia da República.*
- ✓ *No subsequente processo de revisão constitucional, que culminou com a adopção da Constituição de 2004, era inevitável ter presente essa emergência que nos levara, em 1992, a uma revisão constitucional fora da estrita conformidade com as normas da Constituição que se impunha observar”.*

A Assunção de Poderes Extraordinários permite que se passe de um regime rígido de revisão constitucional para um regime flexível, com supressão dos prazos e procedimentos permitindo que a revisão seja feita com um carácter de urgência necessária. A assunção de poderes extraordinários não permite a abertura de um processo global de revisão constitucional, pois esta ocorre numa revisão ordinária que não carece da assunção de poderes extraordinários, permite sim que a Assembleia da República faça uma revisão que constitui a causa, objecto e objectivo que ditou a necessidade urgente de revisão constitucional que geralmente visa resolver um problema correcto permite ainda que a Assembleia da República se concentre pontualmente na proposta apresentada, não abrindo espaço para uma revisão ordinária ou geral.

Em sede de uma revisão constitucional há uma necessidade de uma melhor explicitação das situações, condições e processo de assunção de poderes extraordinários de revisão constitucional, estar consagrado no artigo 301 da CRM, pertinente ao limite temporal de revisão constitucional, pode induzir a uma interpretação literal de que a extraordinariedade é temporal, ou seja que será extraordinária se a revisão for feita antes de decorridos cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão constitucional.

3. A revisão extraordinária e a unidade do regime de revisão constitucional

O regime de revisão constitucional consagrado no capítulo II da CRM é fundamentalmente unitário, valendo tanto para as revisões extraordinárias. Não obstante a autonomização constitucional das revisões extraordinárias as normas sobre aprovação e promulgação novo texto constitucional e limites matérias e circunstâncias de revisão valem indistintamente para qualquer revisão constitucional⁶.

As especialidades das revisões extraordinárias reconduzem-se, fundamentalmente, a possibilidade de a Assembleia da República, antes do decurso do quinquénio contado sobre a data da publicação da última lei de revisão ordinária, assumir poderes de revisão por maioria de três quartos dos deputados em objectividade de junções. A existência deste momento inicial de assunção de poderes de revisão extraordinária tem como consequência a necessidade de reconhecer algumas especificidades quanto ao regime da iniciativa da revisão plasmado no artigo 299 da Constituição da República de Moçambique⁷.

Em contrapartida afiguram-se claudicantes, em face de um texto Constitucional que não oferece abertura nesse sentido as tentativas de alargar as especificidades das revisões extraordinárias para outros domínios⁸.

E certo que se ninguém contesta que as alterações da Constituição mesmo no âmbito de uma revisão extraordinária, devem ser aprovadas por maioria dois terços dos deputados em objectividade de funções [e não pela maioria especialmente agravada exigida no momento da assunção de poderes], surge, por vezes, na doutrina a adopção do entendimento Segundo o qual a razão de ser da revisão extraordinária postularia que, no momento da Assunção de poderes, se procedesse a delimitação dos matérias sobre que haveria de incidir a revisão definição dessas matérias deveria, além disso, ser corrente com as razões que tornaram inadiável e imprescindível a revisão extraordinária, projectos de revisão só poderia incidir sobre matérias constantes da resolução de Assunção de poderes de revisão⁹.

E duvidoso, porém, o fundamento Constitucional para sustentar que a Assunção de poderes de Revisão extraordinária delimita o âmbito material da revisão. falta, desde logo uma base literal para o referido entendimento. Além disso a Assunção de poderes de Revisão extraordinária e uma válvula de segurança para permitir antecipar a revisão, desde que esta se torne imprescindível e inadiável, daí a exigência de maioria especialmente qualificada.

A deliberação de Assunção de Poderes Extraordinários pela Assembleia da República, deve revestir a forma de resolução iniciativa da resolução compete exclusivamente aos deputados. A Constituição não estabelece a exigência de que a Assunção de Poderes de Revisão deva indicar as matérias sobre que há-de incidir a revisão; mas a razão de ser da Revisão Extraordinária assim o parece exigir, pois não é logo considerar inadiável e imprescindível uma Revisão constitucional sem uma definição das matérias carecidas dela¹⁰.

A assunção extraordinária de poderes de revisão constitucional só aproveita a Assembleia da República que a efectuou, caducando se esta não vier a proceder a revisão constitucional. Todavia, não existe prazo constitucionalmente marcado para se iniciar o processo de revisão após

6. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Pág. 897

7. Ibidem

8. Ibidem

9. Idem, Pág. 897-898

9. Idem, Pág. 997

a deliberação de assunção de poderes extraordinários de revisão constitucional¹¹.

Quanto a questão de delimitação das matérias a serem objecto de revisão em sede da resolução de assunção de poderes extraordinários de revisão constitucional, julgamos que por uma questão de segurança jurídica e de clareza jurídica, se mesmo em sede de uma revisão ordinária da Constituição os proponentes tem a obrigação de delimitar o âmbito material da incidência da revisão em sede de uma revisão extraordinária, por maioria de razão justifica-se a apresentação das matérias a ser objecto de revisão, ate mesmo para permitir uma melhora ponderação da Assembleia sobre oportunidade e pertinência da assunção de poderes extraordinários de revisão constitucional, que só se pode avaliar e ajuizar objectivamente conhecendo a matéria a ser objecto de revisão, pois o contrario seria um cheque em branco.

4. Processo de Revisão Constitucional em Moçambique

O processo de Revisão constitucional definido na Constituição pretendeu conciliar duas exigências opostas: a) garantir uma suficiente estabilidade de lei fundamental; b) permitir as mudanças constitucionais que se revelem indispensáveis¹².

A garantia da estabilidade resulta do lapso temporal de cinco anos que ordinariamente deve decorrer entre duas revisões conforme dispõe o artigo 301 da CRM. Por outro lado, a fim de evitar as flutuações da constituição ao sabor das maiorias parlamentares do momento da revisão, estabeleceu-se ainda a exigência de uma maioria particularmente qualificada para a aprovação de alterações constitucionais¹³, artigo 303 da CRM.

Todavia, a Constituição pode precisão de alterações que permitam ocorrer às deficiências nela manifestadas e às transformações entretanto operadas na realidade constitucional. Daí a admissão da funcionalidade da revisão normal quinquenal, e de revisões extraordinárias em qualquer momento. No entanto, para impedir a banalização desta revisões excepcionais que seriam foco da instabilidade constitucional e de insegurança constitucional, exige-se uma prévia assunção de poderes extraordinários de revisão pela Assembleia da República¹⁴, deliberação essa que deve ter visto favorável da maioria de três quartos dos deputados da Assembleia da República conforme o artigo 301 da CRM.

5. Procedimentos de Revisão Constitucional

O processo de revisão constitucional, desencadeia-se com a apresentação de uma proposta de Revisão Constitucional, que nos termos do disposto no nº 1 do artigo 291 da pode ser

11. Idem, pág. 990

12. J.J Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da Constituição, Pág. 292.

13. Idem, Pág 293

14. Idem, Pág 293

da iniciativa do Presidente da República ou de um terço, pelo menos, dos CRM, Deputados da Assembleia da República.

As bancadas parlamentares não dispõem de poder de iniciativa para a revisão constitucional, isto é, se uma bancada parlamentar não dispõe de um terço, pelo menos dos deputados da A, não tem poder de iniciativa para apresentar um projecto de lei de revisão constitucional. Pelo que é inconstitucional que uma bancada se declare proponente de uma iniciativa de Revisão Constitucional, mas quando a bancada disponha de um terço dos deputados necessários para o efeito, pois em rigor o poder de iniciativa não pertence a Bancada Parlamentar mas sim pertence aos deputados subscritores de iniciativa de Revisão Constitucional que até pode pertencer a diferentes bancadas parlamentares.

De acordo com o disposto nº 2 do artigo 299 da CRM, as propostas de revisão constitucional, devem ser depositadas na Assembleia da República, até 90 dias antes do início do debate.

Tratando-se de uma proposta de revisão pontual esta é submetida para parecer da Comissão dos Assuntos Constitucionais, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República e a uma outra comissão especializada em razão da matéria, por despacho do Presidente da Assembleia da República.

Tratando-se de um processo de revisão geral da Constituição da República, cria-se uma Comissão Ad Hoc de Revisão da Constituição da República, composto por Deputados de todas as Bancadas, segundo o princípio da representatividade proporcional parlamentar. A Comissão Ad hoc encarrega-se de organizar todo o processo de revisão constitucional que geralmente compreende os seguintes momentos:

- ✓ Apresentação de uma Proposta de Revisão Constitucional pelo Presidente da República ou por um terço, pelo menos, dos deputados da Assembleia da República conforme dispõe o nº1 do artigo 299 da CRM;
- ✓ Em função da complexidade e da dimensão da revisão, a Assembleia da República pode constituir uma comissão Ad Hoc, conforme dispõem o nº 2 do artigo 145 da Lei nº 12/2016, de 30 de Dezembro, lei que aprova o Regimento da Assembleia da República;
- ¾ Prazos: As propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República até noventa dias antes do início do debate, conforme o disposto no nº 3 do artigo 15 da Lei nº 17/2013 de 12 de Agosto;
- ¾ Sobre a forma: As propostas ou projecto de revisão devem indicar os artigos a rever e o sentido das alterações a introduzir, conforme o disposto no artigo 146 da Lei nº 17/2013, de 12 de Agosto;
- ¾ Distribuição: após a recepção de uma iniciativa de revisão da Constituição, o Presidente da Assembleia da República submete as propostas à Comissão competente em razão da matéria e, se for caso disso, a outra ou outras Comissões, nos termos dispostos no artigo 47 da Lei nº 17/2013, de 12 de Agosto;

- ³/₄ Prazo para o exame em Comissão: A Comissão emite o parecer no prazo de 45 dias, se outro não for estabelecido pelo Presidente da Assembleia da República, conforme impõem o artigo 148 da Lei nº 17/2013, 12 de Agosto.
- ✓ A Comissão faz um debate interno e harmonização das diferentes propostas apresentadas e elaboração de uma proposta de texto de revisão constitucional, contendo aspectos consensualizados e os divergentes;
 - ✓ Adopção da proposta de revisão constitucional pela Comissão *Ad Hoc* de Revisão da Constituição;
 - ✓ Submissão da proposta de revisão constitucional a um amplo debate público, incluindo deslocamentos de auscultação nos distritos. Para o efeito, a Comissão *Ad Hoc* desdobra-se em brigadas que se deslocam aos distritos e ao exterior, nos casos de recolha de experiências ao nível do Direito Comparado. O debate público ocorre também ao nível das instituições de ensino, associações de juristas, como a Ordem dos Advogados.
 - ✓ Sistematização e harmonização das contribuições recebidas do debate público;
 - ✓ Redacção da proposta de revisão constitucional;
 - ✓ Submissão para apreciação e aprovação pelo Plenário.

Durante este processo ocorrem processos de negociações entre as Bancadas em Parlamentares busca de consensos.

A Constituição da República impõe, no artigo 303, procedimentos e forma a observar no processo de votação. A inobservância desta forma de votação acarreta uma inconstitucionalidade. *“1. As alterações da Constituição são aprovadas por maioria de dois terços dos deputados da Assembleia da República. [...] 2. As alterações da Constituição que forem aprovadas são reunidas numa única lei de revisão. [...] 3. O Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão)”*.

O artigo 304 da CRM, dispõe que *“1. As alterações da Constituição são inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários. [...] 2. A Constituição, no seu novo texto, é publicada conjuntamente com a Lei de revisão”*

Este procedimento só é aplicável nos casos de uma revisão parcial da Constituição da República, o que significa que neste caso embora revista, a Constituição da República objecto de revisão continua em vigor e é identificada como a mesma Constituição, como foi o caso da Revisão Constitucional de 2018. Tratando-se de uma revisão geral da Constituição, aprova-se uma nova Constituição, e é publicada o texto da nova Constituição aprovada e revoga-se a Constituição anterior.

6. Rigidez da Constituição Moçambicana

Entre as várias classificações da constituição existe aquela que em função da forma da sua revisão classifica as constituições em rígidas e flexíveis.

Doutrinalmente designa-se por rigidez constitucional justamente a existência de limites à revisão constitucional, que distinguem a alteração da lei fundamental em relação as demais leis¹⁵.

A rigidez constitucional acresce à supremacia da Constituição sobre as demais normas jurídicas. A constituição não só não pode infringida por qualquer outra norma, como também não pode ser livremente alterada. Por isso além de se acrescentar ao princípio da primazia, a rigidez constitucional reforça-o, pois o poder legislativo não só tem de respeitar a Constituição, como também não pode altera-la livremente e em qualquer momento¹⁶.

Diz-se rígida a constituição que, para ser revista, exige a observância de uma forma particular distinta da forma seguida para elaboração das leis ordinárias. Diz-se flexível aquela em são idênticas o processo legislativo e o processo de revisão constitucional ,aquela em que a forma é a mesma para a lei ordinária e para a lei da revisão constitucional¹⁷.

“A rigidez constitucional revela-se um corolário natural, histórico (embora não logicamente) decorrente da adoção de uma Constituição em sentido formal. A força jurídica das normas constitucionais liga-se a um modo especial de produção e as dificuldades postas a aprovação de uma nova norma constitucional impedem que a Constituição possa ser alterada em quaisquer circunstâncias, sob a pressão de certos acontecimentos ou que possa ser afectada por qualquer oscilação ou inversão da situação política¹⁸”.

“Em contrapartida, insista-se em que a faculdade formal de revisão se destina a impedir que a Constituição seja flanqueada ou alterada fora das regras que prescreve (por se tornarem patentes as alterações feitas sem a sua observância). A rigidez nunca deverá ser, pois, tal que impossibilite a adaptação às novas exigências políticas e sociais: a sua exacta medida pode vir a ser, a par (em certos casos da flexibilidade, também ela uma garantia da constituição¹⁹”.

Linearmente, dizia o prof. MARCELLO CAETANO sobre a questão dos limites materiais²⁰:

“Juridicamente (...) tudo o que está numa lei constitucional pode ser alterado por outra lei constitucional. Não se encontrou ainda modo de fazer prevalecer num texto de direito interno normas superconstitucionais”.

Mesmo tendo sido aprovada tao recentemente, o texto da C.R.M-ate para ganhar uma maior longevidade- não poderia deixar de equacionar os termos da sua própria revisão²¹.

15. Idem, pág. 288

16. Ibidem

17. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Pág 174

18. Jorge Miranda. Manual de Direito Constitucional, Tomo II ,pág. 175

19. Nuno Rogério, Da Revisão Controlada, Notas Sobre o Problema das Cláusulas Constitucionais Irreformáveis, 1994

20. Sobre o regime da revisão da CRM, v. Albano Macie, Direito do Processo Parlamentar...,pp.79v e ss.; FILOMENO SANTOS RODRIGUES, A próxima Revisão..., pp.74 e ss., e A próxima revisão da Constituição de Moçambique, pp.24 e ss.

21. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique. 2015, p 663

22. Cfr. o art. 295, nº1 da CRM.

23. Cfr. o art. 295, nº 1 e 3, da CRM.

A opção fundamental tomada foi de consagrar diversos limites a segregação do poder de revisão Constitucional, a saber:

- $\frac{3}{4}$ *Os limites orgânicos*: a revisão fica exclusivamente a cargo da Assembleia da Republica²².
- $\frac{3}{4}$ *Os limites procedimentais*: as alterações ao texto Constitucional devem ser aprovadas por maioria de 2/3 dos Deputados em efectividade de funções, no podendo o Presidente da Republica recusar a sua promulgação²³.
- $\frac{3}{4}$ *Os limites temporais*: a revisão ordinária da Constituição só pode ser feita de cinco em cinco anos, embora se admita a revisão extraordinária, desde que o órgão competente assuma poderes constitucionais por votação de, pelo menos $\frac{3}{4}$ dos Deputados em efectividade de funções²⁴;
- $\frac{3}{4}$ *Os limites materiais*: há um conjunto vasto de matérias que não podem ser objecto de revisão constitucional²⁵; e
- $\frac{3}{4}$ *Os limites circunstanciais*: a vigência dos estados de sítio de emergência impede a aprovação de "...Qualquer alteração da Constituição"²⁶.

É assim possível inserir este texto constitucional no elenco das constituições híper-rígidas: embora admitindo a sua revisão, tal somente pode suceder em termos limitados, com respeito por um formalismo e por um conteúdo que se perpetua para além das revisões constitucionais²⁷.

O procedimento para a revisão constitucional assenta nas fases fundamentais que são traçadas para o procedimento legislativo parlamentar, embora se introduzam alguns desvios que assinalam a singularidade da revisão constitucional²⁸.

Há normas constitucionais específicas, as quais também são acompanhadas por norma de natureza regimental²⁹, nos termos da secção II do Capítulo X do RAR.

A iniciativa de revisão constitucional é do... "Presidente da Republica ou de um terço, pelo menos, dos deputados a Assembleia da República"³⁰, Fixando ainda o RAR a regra segundo a qual "As propostas de alteração devem ser depositadas na Assembleia da República ate noventa dias antes do início do debate"³¹.

A maioria necessária para que essas alterações sejam aprovadas é de dois terços dos Deputados em efectividade das funções³².

24. Cfr. o art. 293 da CRM. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

25. Cfr. o art. 292, nº 1, als. A) a 1), da CRM. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

26. Art. 294 da CRM. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

27. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional Moçambicano, 2015, P. 664

28. Ibidem

29. Cfr. os arts. 145 e ss do RAR. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

30. Art. 291, n1 da CRM. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

31. Art. 145, n3 do RAR. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

32. Cfr. o art. 295, n1 da CRM. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

33. Art. 293, n1 da CRM. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

A promulgação presidencial do decreto de revisão constitucional não pode ser recusada, não havendo lugar- ao contrário do que normalmente sucede-a veto político; “ o Presidente da República não pode recusar a promulgação da lei de revisão³³”.

A publicação das alterações a constituição tem a particularidade de ser acompanhada de republicação codificada de todo o texto Constitucional já revisto, o que se explica por uma necessidade de segurança e dignidade no conhecimento da nova versão da lei fundamental³⁴.

Com a finalidade de impor a rigidez Constitucional ao seu texto, a CRM, *consagra limites orgânicos, temporais e procedimentais a respectiva revisão*, alguns deles se deduzindo do regime que deixamos brevemente descrito acerca do procedimento legislativo que a acompanha³⁵.

No plano dos *limites orgânicos*, o poder para rever a constituição só e atribuído a Assembleia da República, poder que não é partilhado com a Presidente da República, não obstante este pode partilhar outros aspectos do poder legislativo³⁶.

De acordo com os *limites temporais*, a revisão constitucional ordinária só pode efectuar-se cinco anos depois de publicada a última lei de revisão, guardando-se assim um período “ defeso constitucional”³⁷.

Há, no entanto a possibilidade de se fazer, por razão considerada urgente, a revisão constitucional extraordinária em qualquer momento, mesmo sem ter transcorrido aquele período de cinco anos, mas para isso é necessário uma assunção de poderes de revisão, votada por uma mesma maioria deliberativa agravada de 3/4³⁸.

No que concerne os limites procedimentais, eles respeitam o facto de algumas das fases como a iniciativa ou a promulgação- terem um regime excepcional, contrário ao regime geral, para além de a maioria de aprovação ser uma maioria agravada de dois terços de Deputados em efectividade de funções³⁹.

A CRM vai ainda mais longe, ostendo outras duas categorias de limites⁴⁰: *os limites matérias e os limites circunstanciais- que fazem dela uma Constituição hiper-rígida*⁴¹.

34. Cfr. art. 296, n2 da CRM e o art. 192, n2, do RAR. Referenciando Jorge Bacelar Gouveia

35. Idem, Pag. 665

36. Ibidem

37. Prazo que, segundo o art. 293, n°1, da CRM, conta-se partir de “... cinco anos depois da sua na entrada me vigor da última lei de revisão...”.

38. Cfr. o art. 293, in fine, da CRM.

39. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pag. 665

40. Categoria que, juntamente com as das constituições flexíveis (sem limites a revisão) e com a das constituições rígidas (apenas com limites orgânicos, formais e temporais), pode, segundo MARCELO REBELO DE SOUSA (Direito Constitucional..., p.82 e Constituição..., p.57 e 58), apresentar-se como uma nova classificação da Constituição, em razão do critério dos termos da respectiva revisibilidade.

41. A respeito de classificação, que remonta a JAMES BRYCE, entre Constituições rígidas e Constituições flexíveis, v. J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, Fundamentos..., p.289; AFONSO D OLIVEIRA MARTINS < La revisionconstitucion..., pp. 93 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., II, pp.165 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, Manual..., I, pp.596 e ss.

42. Cfr. o art. 292, n°1, als.a) a 1), da CRM. Referenciado por Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pag.666

Os *limites materiais* significam que a CRM não admite uma revisão ilimitada ou para todas as matérias, o que, na prática, poderia trazer o fácil resultado de uma nova constituição, em vez da simples revisão da Constituição existente, apresentando-se assim como irrevisível largo conjunto de doze matérias⁴², consideradas como participando da essência de Direito Constitucional Moçambicano vigente, matérias que estarão sempre excluídas do respectivo âmbito regulativo:

- ¾ A independência, a soberania e a unidade do Estado;
- ¾ A forma republicana do Governo;
- ¾ A separação entre as confissões religiosas e o Estado;
- ¾ Os direitos liberdades e as garantias fundamentais;
- ¾ O sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual, periódico na designação dos titulares eleitos dos órgãos de soberania das províncias e do poder local;
- ¾ O pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática;
- ¾ A focalização da constitucionalidade;
- ¾ A independência dos juízes;
- ¾ A autonomia das autarquias locais;
- ¾ Os direitos dos trabalhadores e das associações sindicais;
- ¾ As normas que regem a nacionalidade, não podendo ser alteradas para restringir ou retirar o direito de cidadania.

Em termos procedimentais, a alteração destes limites coenvolve-se a realização, obrigatória e prévia, de um referendo constitucional, de natureza vinculativa: “ as alterações das matérias constantes do número anterior são obrigatoriamente sujeitas a referendo⁴⁴ .

A doutrina também discute, a este propósito, a existência de limites de revisão Constitucional de natureza implícita, os quais no constam deste lista, bem como a eficácia meramente declarativa ou constitutiva destes limites⁴⁵ .

E qual é a intensidade que estas cláusulas de limites oferecem no seu limite protetor? Estas disposições são imodificáveis ou apenas se pretende a proteção da essência dos regimes?

Evidentemente que não é legítimo pensar que, o fim e ao cabo, a intensidade da qualificação de certa matéria como limite material de revisão constitucional se possa resumir a uma qualquer eficácia meramente política ou, sendo jurídica, de carácter geral, apenas no intuito, vago e dispersivo, de manter uma qualquer coerência global do subsistema constitucional

43. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pag.665

44. Art. 292, nº2, da CRM. Cfr, doutrinamente, JORGE BACELAR GOUVEIA, o princípio democrático..., pp.48 e 49.

45. A favor da relevância dos limites materiais implícitos, MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional...,pp. 84 e 85, e Direito Constitucional I-Relatório, p.35; J.J. GOMES CANOTILHO e VITAL MOREIRA, fundamentos..., pp.300 e 301.

46. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pag.667

considerado⁴⁶.

A reiteração, pela CRM, de que a existência de limites matérias expressos implica o “respeito” de certas matérias, bem como o facto de essas cláusulas operarem por referência de opções jurídico-positivas vertidas no texto constitucional, postulam um sentido *medianamente vinculante*⁴⁷, *refreando opções do legislado de revisão Constitucional*.

Por outra parte, a medida do grau de vinculado do legislador de revisão constitucional ao sentido normativo contido nas matérias que se encontram abrangidas por limites materiais, apesar dos mesmos serem formulados para todos os domínios por uma única verbalização (“tem de respeitar”), não se afere abstratamente, nem genericamente⁴⁸:

- ¾ Não pode ser abstratamente porque tudo depende dos termos porque a CRM só sector específico em causa, formalizou a vontade material constituinte;
- ¾ Não pode ser genericamente porque, merce da diversidade regulativa das matérias, e bem possível encontrar diferentes graus-uns mais intensos, outros menos intensos- de vinculação.

Os *limites circunstanciais*⁴⁹ proibem a revisão Constitucional na vigência dos estados de sítio de emergência.

Não é fácil compreender o porque dessa limitação, colocando-se o Estado numa situação de anormalidade, com ameaças externas ou internas as instituições, não seria prudente desenvolver um procedimento de revisão Constitucional, potencialmente muito permeável a essa pressões, assim se inquinando-se a expressão e fiel e democrática da vontade dos representantes do povo⁵⁰.

E uma medida cautelar, visando resguardar o poder de revisão constitucional de manipulações que são sempre mais frequentes- embora não sejam inevitáveis- estes períodos de conturbação institucional⁵¹.

Do ponto de vista da análise jurídica, o texto de MARCELLO CAETANO parte de uma *visão horizontal* da Constituição, considerando que o Constituinte originário -na ordem interna (o que parece não excluir limites heterónomos derivados da ordem jurídica internacional, p. ex.)- *não pode atribuir às normas integradas no mesmo documento fundamental valores diferentes*, no tocante à sua revisibilidade. Não haveria aqui assim uma *superlegalité constitutionnelle*, uma

47. Limitação jurídica do poder de revisão Constitucional que espelha, da nossa perspectiva a necessidade de as cláusulas sobre limites matérias de revisão constitucional não podem ser contrariadas, aceitando-se assim a tese da eficácia vinculativa dos limites materiais, ao mesmo tempo que se considera sere essas cláusulas irreversíveis com uma dupla revisão.

48. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, O estado de excepção..., I, pp.604 e ss.

49. Cfr. o art. 294 da CRM. Cfr. JORGE BACELAR GOUVEIA, os imites circunstanciais..., pp.105 e ss., e O estado de excepção..., II, pp 962e ss., JAVIER PEREZ ROYO, la reforma de la constitucion, Madrid, 1987, p. 151; J.J. GOMES e VITAL MORERIRA, fundamentos..., p.298; AFINSO D'OLIVEIRA MARTINS, la revision constitucional..., pp.375 e ss.

50. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pag.668

51. Idem

ordem de princípios superconstitucionais intangíveis, mas apenas -provavelmente, já que a tese não foi posteriormente elaborada pelo autor- um conjunto de limites formais e orgânicos (que são, como diz, G. CANOTILHO, *condicionadores* e não *impeditivos* da revisão), derivados da própria noção de superioridade hierárquica da Constituição em relação às normas ordinárias e de subordinação dos poderes constituídos ao poder constituinte (M. CAETANO)⁵².

*Ou seja: MARCELLO CAETANO não defende a pura flexibilidade constitucional aliás dissociada do espírito geral das Constituições escritas, nem apaga a importância do poder constituinte. Vem sim dizer que a definição formal e orgânica das normas como constitucionais impede que dentro destas haja umas "mais constitucionais do que outras". E refere que o poder de revisão também desempenha muitas das funções do poder constituinte originário, embora não possa subtrair-se às balizas que limitaram aquele*⁵³.

Esta ideia da permissibilidade de uma revisão extensa, desde que feita pelo órgão competente e sob forma diferente do processo legislativo ordinário, estava aliás já expressa nas *Considerations sur le gouvernement de Pologne*, de ROUSSEAU, onde se explica *que é contra a natureza do corpo social impor-se leis que não possa revogar, embora não vá contra a sua mesma natureza revogar aquelas leis mas com a mesma solenidade que as estabeleceu*.⁵⁴

A permanência da ordem constitucional como estrutura normativa suprema não dependeria assim da inscrição de matérias constitucionais irrevogáveis, mas apenas da observância das diferenças formais e orgânicas entre o processo legislativo ordinário e o processo de revisão constitucional, que seria geralmente um procedimento agravado, por exemplo, quanto às maiorias legiferantes. Não se traduz aliás de outro modo a classificação original de BRYCE, quanto à distinção entre constituições rígidas e flexíveis⁵⁵.

De acordo com Rui Baltazar⁵⁶ “O poder de revisão funda-se na própria Constituição, é um processo mais complexo, gravoso e restritivo do que o normal processo de elaboração legislativa não só em termos da sua importância e de quem o pode desencadear, como também porque se sujeita a certos limites materiais (só ultrapassáveis mediante prévia realização de referendo), mas também porque deve subordinar-se a limites circunstanciais e temporais, à exigência de determinadas maiorias deliberativas, à exclusão de recusa de promulgação e a requisitos especiais de publicação, o que tudo funciona como verdadeiras garantias da predominância e estabilidade da Constituição (daí a sua integração no Capítulo e Garantias da Constituição).

Do quanto ficou exposto, podemos concluir que o processo de revisão da Constituição se reveste de grande rigidez, e que a observância rigorosa de todos os preceitos constitucionais é um

52. Jorge Miranda, Manual de Direito Constitucional, Pag. 175

53. Idem

54. Idem

55. Idem

56. Revisão Constitucional, Democracia e estabilidade Política in Revista do Direito de Língua Portuguesa, Ano IV, Nº 8, Julho e Dezembro de 2016, páginas 154-155

imperativo constitucional.

Neste contexto, a constituição moçambicana é rígida, pois impõe normas, princípios, procedimentos, regras, prazos e limites que devem ser respeitados no processo da sua revisão, plasmados no Título XV, Capítulo II, que compreende os artigos: 299, sobre a iniciativa, 300, sobre os limites materiais, 301, sobre os limites temporais, 302, sobre os limites circunstanciais, 303, sobre votação e forma e 309, sobre as alterações constitucionais. A revisão constitucional sem a observância de cada uma das disposições retromencionadas, acarreta uma inconstitucionalidade.

7. Limites de Revisão Constitucional

Há três subtemas no problema dos limites e reformulação constitucional; o das necessidades de adopção da Constituição a vida humana social; o da imperatividade de estabilidade e segurança jurídico fundamental essenciais a noção de constituição, o da legitimidade política de imposição de barreiras a revisão da Constituição pelos legisladores futuros.⁵⁷

No primeiro caso deve afirmar-se que a Constituição não se esgota num texto, mas num contexto, não se baliza num discurso abstracto mas não significa deste em relação as situações concretas. Por isso, as constituições não devem ser feitas sob a tentação de elaborar catálogos de toda a vida; isso significaria que no texto jurídico deixaria de se aplicar como categoria genérica, as situações específicas, para plasmar exaustivamente toda a realidade do mundo físico. deixaria de ser uma formulação geral-abstrata com a aplicabilidade concreta, para ser uma exposição impossivelmente concretizante de todo o universo humano-social.⁵⁸

Não procurando ser fotografia da vida, a Constituição não pode também exilar-se de condições vitais reais. Qual o significado de uma constituição patriarcal numa sociedade integralmente feminina? Como dizia PELAYO, na linha de RUDOLF S MEND, a constituição não é uma normatividade abstracta, mas a estrutura normativa de uma entidade histórica, concreta, o estado nacional de base territorial.⁵⁹

A necessidade estabilizadora da constituição faz com que a mudança histórica, quando é uma ruptura integral com ordem instituída, penetre a lei fundamental das reformas previstas por esta. Mas a permanência da reforma essencial a missão cristalizadora da ordem constitucional, pode não significar a imutabilidade do conteúdo. HAUG chegava mesmo a dizer que a revisão constitucional é um sinal de continuidade pela actualização, e não de morte pela

57. Nuno Rogério, da revisão Controlada, Notas sobre o problema das cláusulas constitucionais irreformáveis, Pág. 92

58. Ibidem

59. Ibidem

60. ibidem

61. Idem, Pág. 93

fractura.⁶⁰

O fenómeno de “normalização constitucional”, no sentido loewenteiniano de harmonização entre a Constituição e o processo político, cumpre até uma junção importante da defesa da própria ordem constitucional, que numa perspectiva de análise sistemática descodifica e incorpora os *imputs* para não sucumbir a sobrecarga interna ou esmagamento das suas fronteiras pelo meio ambiente comunitário.⁶¹

Separa alguns a diferença entre administração “e Constituição 'se reconduz a distinção entre estática e dinâmica estatais, não é menos verdade que uma lei fundamental fechada a qualquer concessão a realidade do “corpo social” (para usar a expressão de Rousseau) pode ver a sua rigidez ultrapassada por várias formas constitucionais; desde a prática não directamente-concretamente inconstitucional, a interpretação contrariando o sentido inicial dado pelo legislador constitucional, passando pelo desuso ou impossibilidade de exercício de competências constitucionais e a formulação de leis ordenárias em oposição da constitucional.⁶²

A teoria do direito constitucional tem encontrado cinco grandes categorias de regras, que se apresentam sob designação de “limites a revisão Constitucional,” já que a sua razão se prende a convivência de melhor moderar a amplitude que esta associada ao poder legislativo ordinário, mas que não é recomendável, em tão larga escala, no procedimento legislativo de revisão constitucional.⁶³

Eis o sentido e o alcance desses limites da revisão constitucional:⁶⁴

- a) Os limites orgânicos: regras que particularizam a atribuição do poder da revisão Constitucional a certo órgão, concebendo-o com exclusividade dentro da partilha geral de poder legislativo pelos órgãos de soberania;
- b) Os limites temporais: regras que impedem o exercício do poder da revisão Constitucional em qualquer momento, apenas o aceitando de vez em quando;
- c) Os limites procedimentais: regras que introduzem particularidades no item procedimental que subjaz a elaboração de um acto de revisão, tornando-o de mais difícil consecução, como as maiorias agravadas que são normalmente exigidas;
- d) Os limites circunstanciais: regras que vedam a expressão do poder de revisão Constitucional na vigência de situações e excepção constitucional, assim defendendo a verdade e o livre consentimento da vontade de mudar a

62. H. HUAG, *Die Sehranken der Verfassung – Srevision*, Zurique, 1947; M. GARCIA PELAYO, *Derecho Constitucional Comparado*, Madrid, Eed citado por Nuno Rogério.

63. *Quanto aos diversos tipos limites a revisão constitucional em geral*, v. MARCELO REBELO DE SOUSA, *Direito Constitucional...*, pp.70 e ss., e *O valor...*, I, pp. 287 e ss.; KARL LOEWENSTEIN, *Teoria...*, pp.188 e ss.; KLAUS STERN, *Derecho del Estado...*, pp. 326 e ss.; J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional*, pp.1124 e ss., e *Direito Constitucional e Teoria...*, pp.1060 e ss.; AFONSO D'OLIVEIRA MARTINS, *La revision constitucional...*, 105 e ss.; EMILIO KAFFT KOSTA, *O constitucionalismo...*, pp.125 e ss.; JOSE AFONSO DA SILVA, *Curso...*, pp.65 e ss.; JORGE MIRANDA, *Manual...*, II, pp.194 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, *Manual...*, pp.657 e ss.

64. Jorge Bacelar Gouveia, *Direito Constitucional de Moçambique*, 2015, 658

Constituição;

- e) Os limites materiais: regras que afastam o alcance do poder de revisão constitucional um conjunto de matérias, valores, princípios ou institutos que integram o núcleo essencial do projecto de Direito de que o texto constitucional e portador e cuja obliteração colocaria em causa a identidade Constitucional.

A inscrição de limites à revisão constitucional, ou a dedução destes do clausulado fundamental, filia-se ultimamente na tese de SIÉYES, sofisticada nos dois últimos séculos apenas em questão de forma. Deve talvez referir-se (como fizeram PELAYO, ROUGIER, FIGGIS, BRECHT) que o campo do direito constitucional não está aqui arredado de antecedentes míticos directamente repercutidos CS).⁶⁵

A noção de um pacto *in perpetuumdurationis*, assegurado por cláusulas irreformáveis mais ou menos expressas, filia-se no mito fundacional que olha a edificação da Cidade como uma simultânea catalização e ultrapassagem do Caos original- seja ele a primitiva sociedade *omniacontra omnes* de HOBBS, seja o magma confuso anterior aos Deuses de Olimpo - que vai precisar de se alicerçar em comandos positivantes e unificadores da diversidade, para conjurar as sedições e assegurar a Ordem e a continuidade da história capturada (VOEGELIN, SERRES). O direito participa assim na história fundamental, orientada num sentido anti-entrópico, mas inseparável da história biológica das sociedades humanas. O fenómeno de pulsão degenerativa destas, ou a sua simples evolução instável, presidem também à criação, na ordem política, da categoria mítica do *Kat-Echon*, a barreira de resistência ao retorno do Caos, que evita a «paralisia escatológica» (SCHMITT).⁶⁶

A tese do poder constituinte, onipotente no universo normativo interno, captor da história e das vontades futuras, liga-se por vários elos a esses mitos ordeiros primevos, embora tenha hoje formulações justificativas que procuram negar qualquer filiação metafísica ou puramente axiológica (GOMES CANOTILHO, p. ex., nega que a sua defesa da intangibilidade da Constituição essencial se conexe geneticamente com a arguição de um «sistema de valores» pré-jurídico positivo ou com a defesa da ideia de «Constituição Ideal») E a grande questão que aqui se coloca, como ponte para o presente, é a de saber como resiste a tese da superioridade do poder constituinte originário à concepção vitalista-dialéctica do Direito, à mutação político-filosófica das sociedades e à transformação histórica das ideologias triunfantes.⁶⁷

Há três subtemas implícitos no problema dos limites à reformulação constitucional: *o das necessidades de adaptação da Constituição à vida humana e social; o da imperatividade de estabilidade e segurança jurídico fundamental*, essenciais à noção de Constituição; *o da*

65. Nuno Rogério, *Da Revisão Constitucional Controlada, Notas Sobre o Problema das Cláusulas Constitucionais Irreformáveis*, 1994

66. Idem

67. Idem

*legitimidade política de imposição de barreiras à revisão da Constituição pelos legisladores futuros.*⁶⁸

No primeiro caso, deve afirmar-se que a Constituição não se esgota num texto, mas num *contexto*, não se baliza num discurso abstracto mas no significado deste em relação às situações concretas. Por isso já se disse que as Constituições não devem ser feitas sob a tentação de elaborar catálogos de toda a vida: isso significaria que o texto jurídico deixaria de se aplicar, como categoria genérica, às situações específicas, para plasmar exhaustivamente toda a realidade do mundo físico. Deixaria de ser uma formulação geral-abstracta com aplicabilidade concreta, para ser uma exposição impassivelmente concretizante de todo o universo humano-social⁶⁹.

Não procurando ser uma foto grafia da vida, a Constituição não pode também exilar-se das condições vitais reais. Qual o significado de uma constituição patriarcal numa sociedade integralmente feminina? Como dizia PELAYO, na linha de RUDOLF SMEND, a Constituição não é uma normatividade abstracta, mas a estrutura normativa de uma entidade histórico-concreta, o Estado nacional de base territorial⁷⁰.

A necessidade estabilizadora da Constituição faz com que a mudança histórica, quando é ruptura integral com a ordem instituída, penetre a Lei Fundamental das formas previstas por esta. *Mas a permanência da forma, essencial à missão cristalizadora da ordem constitucional, pode não significar a imutabilidade do conteúdo.* HAUG chegava mesmo a dizer que a revisão constitucional é um sinal de continuidade pela actualização, e não de morte pela fractura⁷¹.

O fenómeno de "normatização constitucional», no sentido loewensteiniano de harmonização entre a Constituição e o processo político, cumpre até uma função importante de defesa da própria ordem constitucional, que numa perspectiva de análise sistémica descodifica e incorpora os *inputs* para não sucumbir à sobrecarga interna ou ao esmagamento das suas fronteiras pelo meio ambiente comunitário⁷².

Se a Constituição, por estranhamento em relação aos valores dominantes e ao universo prático dos cidadãos, se atrofia numa validade reduzida à legalidade formal, está a dar-se no modelo político um enfraquecimento decisivo do próprio valor da constitucionalidade, reduzindo o seu documento à aridez da letra morta. E, se se considerar, com BURDEAU e DELPERÉE, que o poder constituinte originário não se esgota com a elaboração da Constituição primeira, pode até argumentar-se em favor da intervenção deste, num momento temporal distinto do da aprovação constitucional, para revivescer e salvar o texto fundamental do abismo do desuso ou do não cumprimento generalizado⁷³.

Em nosso entender, o Poder Constituído, que é o poder de revisão constitucional, tem limites e ele realiza-se dentro dos limites fixados pela própria constituição, diferentemente do

68. Idem

69. Idem

70. Idem

71. Idem

72. Idem

poder constituinte que é o poder de criar uma nova constituição, ou uma nova ordem constitucional, não tem limites fixados na própria constituição, pois, é apenas chamado a agir em determinados momentos históricos para a criação soberana de uma nova ordem constitucional.

Os limites de revisão constitucional podem ser internos ou endógenos, os que resultam expressamente da própria Constituição e que estabelecem limites intransponíveis à derivação constituinte e limites externos ou exógenos que constituem pactos ou acordos estabelecidos fora da Constituição que conduzem a uma limitação do órgão constituinte na reforma ou revisão⁷⁴.

7.1. Limites orgânicos

De acordo com o disposto na alínea a) do n° 2 do artigo 178, a aprovação das leis constitucionais é da exclusiva competência da Assembleia da República, o que significa que nenhum órgão do Estado pode aprovar uma lei constitucional, se não a Assembleia da República único órgão titular do poder constitucional sob pena de inconstitucionalidade orgânica.

7.2. Limites temporais

O princípio geral é de que as Constituições podem ser modificadas a qualquer tempo, bastando apenas que decorra da necessidade e evolução da sociedade.

No entanto, devido à necessidade de garantir a estabilidade da ordem jurídica, a revisão ordinária da Constituição da República ocorre após certo tempo de vigência, como é o nosso caso.

A teleologia que subjaz ao estabelecimento do prazo e cinco anos pretende-se fundamentalmente com a preocupação em assegurar a estabilidade e a força normativa da lei fundamental e em evitar que a revisão constitucional seja transformada em mero instrumento de política ordinária, utilizado pelas forças partidárias no combate político quotidiano ou na resposta a questões meramente conjunturais ou não suficientemente amadurecidos⁷⁵. Além disso, ao impor um prazo superior ao da legislatura a Constituição garante que entre as duas revisões ordinárias haja sempre a intermediação de eleições legislativas, com a consequente renovação da Assembleia da República⁷⁶.

Nesta matéria a CRM estabelece, no seu artigo 301, que a Constituição só pode ser revista cinco anos depois da entrada em vigor da última lei de revisão. Este imperativo constitucional deriva da necessidade de consolidar a ordem jurídica e política recém-estabelecida, cujas

73. Idem

74. Ibidem

75. Jorge Miranda e Rui Medeiros, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Pág. 895

76. Afonso D'Oliveira Martins, La Revision, Pás. 119 e (384 – 388) citado por Jorge Miranda e Rui Medeiros, Pág. 895

77. BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 11.ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pag.176.

instituições, ainda expostas à contestação, carecem de raiz na tradição ou de base no assentimento dos governados.⁷⁷

Excepcionalmente e antes de decorrido o período de cinco anos, a Assembleia da República pode, por deliberação de maioria de três quartos dos deputados, assumir poderes extraordinários de revisão da Constituição, nos termos do disposto no artigo 301, da CRM.

7.3. Limites circunstanciais

Os limites circunstanciais referem-se às garantias constitucionais de segurança, de estabilidade e de protecção do ordenamento jurídico, quanto ao momento da revisão do texto constitucional em função de algumas circunstâncias especiais vigentes no Estado, que perigam uma revisão constitucional, que respeite e garanta os princípios e direitos fundamentais consagrados na Constituição e a salvaguarda do Estado de Direito.

Os limites circunstanciais interditam qualquer revisão, em situações de crise institucional, em razão do ambiente em que se instaura nesses momentos impróprios como em estado de guerra, de sítio ou qualquer outra situação que possa silenciar e coarctar a opinião pública ou limitar outros direitos individuais, bem como a modificação constitucional quando o território nacional está no seu todo ou em parte ocupado por tropas estrangeiras.

No que tange às limitações circunstanciais, a CRM estabelece, no seu artigo 302, que na vigência do estado de sítio ou de emergência não podem ser aprovadas quaisquer alterações da Constituição.

7.4. Limites Materiais

A existência de limites materiais de revisão assenta na ideia de que a revisão constitucional por mais extensa e profunda que possa ser, conserva um valor integrativo da constituição, no sentido de que deve ser substancialmente idêntico o sistema constitucional. A revisão serve para alterar a Constituição mas não para mudar de Constituição⁷⁸.

Os limites materiais às revisões pretendem justamente impedir as revisões aniquiladoras da identidade constitucional. Através deles garantem-se contra a revisão constitucional os princípios fundamentais da Constituição, que precisamente por isso formam o seu núcleo essencial ou a explicitar o conteúdo nuclear da lei fundamental q que se haveria de considerar garantido contra a revisão constitucional, mesmo na falta da sua explicitação formal. por outras palavras, os limites materiais expressos, na medida em que cumprem a função de explicitação e certificação dos princípios essenciais da constituição, isto é, dos traços caracterizadores da sua identidade, são limites imanentes da revisão⁷⁹

78. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol II, pág. 1011

79. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Constituição da República Portuguesa Anotada, Vol II, pág. 1011 e 1012

*A revisão constitucional embora se possa traduzir na alteração de muitas disposições da Constituição, conserva um valor integrativo, no sentido de que deve deixar substancialmente idêntico o sistema constitucional. A revisão serve para alterar a Constituição mas não para mudar de Constituição*⁸⁰.

*Neste sentido, afirma-se que a revisão deve ser solidária como o fundamento político filosófico da Constituição ou que a fisionomia da constitucional não deve ser submetida pelas leis de revisão. É esta consideração que eleva a admitir limites superiores à revisão sejam eles limites expressos, sejam eles inclusivamente limites implícitos, que pretendem impedir as revisões aniquiladoras da identidade constitucional*⁸¹.

*Os limites materiais referem-se ao objecto da revisão, donde, as Constituições prevêem certas matérias que são imutáveis e não podem sofrer alteração, assim, os órgãos com competência para a revisão ficam impedidos de sobre elas deliberar. Se tornam imutáveis, não podendo sofrer qualquer tipo de alteração, são as chamadas “cláusulas pétreas”*⁸³.

*Os limites materiais de revisão constitucional, por mais espantoso que isso possa ser, acabam por ser os limites mais óbvios que se colocam na expressão do poder de rever a Constituição, uma vez que são eles” o certificado comprovativo” das limitações que necessariamente inerem ao conceito de revisão Constitucional.*⁸⁴

Se eles não se concebem, haveria um qualquer fenómeno jurídico-constitucional, mas certamente nunca aconteceria uma revisão Constitucional.

A questão reside, pois, na clarificação de limites, sendo certo que, para esse efeito, os mesmos aparecem nos textos constitucionais protegidos por *clausulas-ditas expressas-de limites matérias de revisão constitucional*, as que suscitam dois tipos de problemas⁸⁵:

¾ *O problema de força vinculativa das cláusulas*, por comparação com outros preceitos constitucionais; e

¾ *O problema de definição de outros limites materiais insertos nas cláusulas*, na medida em que estas se oferecem com diversas intensidades em ordem a saber o que se considera ser verdadeiramente um limite material, na perspectiva da violação daquela cláusula.

No tocante ao primeiro problema tem sido muito discutida força jurídicos os preceitos constitucionais que estabeleçam cláusulas de limites materiais a revisão constitucional, discussão que em rigor, pode estender-se a todas disposições, oriundas do poder constituinte (originário), que semelhantemente configuram o exercício do poder de revisão: a questão não se

80. J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Fundamentos da constituição, pág. 293

81. Ibidem

82. MIRANDA, Jorge. Teoria do Estado e da Constituição. 1.ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

83. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pag. 659

84. Ibidem

85. Sobre a vexataquaestio dos limites materiais de revisaoconstitucional,v. MARCELO REBELO DE SOUSA, Direito Constitucional..., pp.78 e ss.; JORGE MIRANDA, Manual..., II, pp.198 e ss.; JORGE BACELAR GOUVEIA, Manual..., I, pp. 658 e ss.

86. Jorge Bacelar Gouveia, Direito Constitucional de Moçambique, 2015, Pág. 660

reconduz, portanto, aos seus limites materiais, mas joga-se em relação a todos restantes limites⁸⁶.

São fundamentalmente três posições propostas, levando em consideração a modificabilidade destas cláusulas, no óbvio objectivo de em sede de revisão constitucional, concomitante ou posterior, se pretender a libertação daqueles limites, alterando-se as matérias que até então se encontram por eles protegidas⁸⁷:

¾ *A teoria da irrevisibilidade*: de acordo com esta teoria, sendo as cláusulas sobre a revisão constitucional criadas pelo poder constituinte originário, só uma nova manifestação do poder constituinte originário as poderia modificar ou eliminar, nunca uma lei de revisão constitucional, que é sempre, em relação aquele, um poder constituído e não constituinte⁸⁸.

¾ *A teoria de revisibilidade*: segundo este entendimento, as cláusulas sobre a revisão Constitucional não ostentam qualquer força especial em relação aos restantes preceitos constitucionais e se a Constituição, na sua versão original, admitiu o poder de revisão constitucional, então deve daí concluir-se que o mesmo também se exerce sobre o próprio regime de revisão constitucional, ao mesmo tempo que se pode rever o conteúdo que por elas se encontrava abrangido;

¾ *A teoria da dupla revisibilidade (ou revisibilidade faseada)*: observando esta concepção, a modificação de matérias protegidas pelas cláusulas de revisão constitucional-principalmente sobre os limites materiais, mas não só-deve acontecer a dois tempos, primeiro eliminando-se a cláusula que protege a matéria que se quer atingir e só depois, numa outra revisão constitucional, eliminando-se directamente instituto ou princípio que deixou de estar constitucionalmente protegido pela cláusula de protecção entretanto revogada.

É de defender a primeira teoria de irrevisibilidade das cláusulas que consagram os limites materiais a revisão constitucional, na lógica do escrupuloso respeito pela vontade originária do poder constituinte: não se concebe que, tendo o poder constituinte construído um conjunto de disposições que se destinam a perdurar mais do que os outros preceitos, venha o poder de revisão constitucional, por ele criado e admitido, a adulterar essa vontade inicial. A criatura jamais pode impor-se ao criador!

Esta conclusão não acarreta as drásticas consequências práticas de uma excessiva rigidez do sistema constitucional, numa apreciação funcional, ou mesmo de deslegitimação, pois que às gerações vindouras se coarta a possibilidade de alterarem a sua Ordem Constitucional⁸⁹.

87. Acrescentando ainda MARCELO REBELO DE SOUSA (Direito Constitucional..., p.79) a tese segundo a qual o poder de revisão constitucional ainda se achara limitado "... por limites materiais imanentes ou meta-positivos, e nunca por quaisquer limites, expressos ou implícitos, de base textual".

88. Assim, MARCELO REBELO DE SOUSA (Direito Constitucional..., p.83), para quem "...o poder de revisão constitucional e um poder subordinado de conservação e não de destruição da Constituição, subjacente a Constituição no sentido formal e mais significativa do que ela de uma óptica substancial existe uma Constituição em sentido material, relevam limite materiais implícitos ao exercício do poder de revisão Constitucional".

Não. A própria consagração de um mecanismo de revisão constitucional é um sinal evidente, pelas funções que lhe são cometidas, de que se pretende abrir a porta ao aperfeiçoamento do sistema constitucional e de que se pretende que o mesmo permita acompanhar a evolução da realidade constitucional⁹⁰.

É nítido que o problema assume outra magnitude a partir do momento em que se quer não apenas uma revisão constitucional, mas algo mais, como muda e radicalmente a Ordem Constitucional. Nesta hipótese, não havendo tecnicamente uma revisão constitucional surgira uma revolução Constitucional⁹¹.

Como quer que seja, o poder constituinte originário existe sempre e se for essa vontade expressa pelo Estado, segundo os esquemas possíveis da efectividade constitucional, tal poder constituinte nunca esta impedida de produzir uma nova constituição⁹².

Importa é não confundir os nomes e assumir a ruptura da Ordem Constitucional, que vai ser substituída por outra. O poder constituinte, esse mantem-se esperando uma nova oportunidade de se exprimir⁹³.

Esclarecida a força normativo constitucional das cláusulas que definem os limites a revisão constitucional, interessa observar diversas situações em que ocorrem a violação dessas mesmas cláusulas, para daí se perceber as respectivas consequências, no seio de outro problema que ficou enunciado.

No entanto, nesta condição, note-se que nem sempre os textos constitucionais fazem uma republicação correcta do conceito de limites materiais de revisão constitucional, dando esse nome a matérias que podem não ter a possibilidade de coincidirem com a sua elevada importância na economia do texto constitucional.⁹⁴

Tem aqui lugar uma tarefa hermenêutica da mais alta dificuldade mas que permite referenciar o caminho do princípios fundamentais e das opções que estruturaram o nascimento de um novo poder constituinte.⁹⁵

Os limites materiais, embora possam contar com o auxílio das cláusulas expressas que os formulam, derivam da ideia de Direito que se plasmou na ordem constitucional em apreço⁹⁶.

O que sucede quando certas matérias foram consideradas como limites materiais de revisão constitucional e, em rigor, não se justam a esse conceito, tendo o poder constituinte feito, nesse aspecto, uma qualificação errada? Por outras palavras: o que sucede quando as clausulas de limites materiais de revisão constitucional não são respeitadas porque excessivas?

A resposta deve ser dada conforme essas matérias se encontram ou não protegidas por cláusulas pétreas, podendo dividir-se quatro casos distintos, que se equaciona a inexistência, total, ou parcial, dessas cláusulas⁹⁷:

89. Ibidem

90. Ibidem

91. Ibidem

92. Ibidem

93. Ibidem

a) *Não havendo de limites materiais*: se a matéria não for de importância nuclear,

ocorre uma normal revisão Constitucional; se a matéria for considerada como integrando o núcleo fundamental da Constituição (*Verfassungskern*), ainda que ocorrendo uma revisão constitucional em sentido formal, na realidade sucede uma transição Constitucional, com o aparecimento de uma nova Ordem Constitucional, por adulteração daquele núcleo identitário;

b) *Havendo cláusulas de limites materiais*: se a matéria não for de importância nuclear, tendo a cláusula sido erroneamente referenciada a um assunto que não assume aquela dimensão, ocorre uma ruptura não revolucionária, por preterição formal daquela regra, embora não se afectando a identidade constituindo acto que só permanece lograr alcançar efectividade Constitucional; se a matéria for de importância nuclear, ocorre uma *revolução Constitucional*, por se afectar a identidade da constituição, ao mesmo tempo que se quebra a constitucionalidade formal das alterações admissíveis ao texto constitucional.

Há uma situação particular que deve ser separada de todos esses casos: a da alteração linguística-mas não normativa-dos preceitos que estabelecem as cláusulas da revisão Constitucional.⁹⁸

A que propugnamos não é de estilo, mas de sentido ordenador, pelo que as alterações meramente linguísticas, se desprovidas de sentido ordenador, não se repercutem sobre a validade de revisão constitucional.⁹⁹

A Constituição da República estabelece, no seu artigo 300, os limites materiais, nomeadamente: *1. as leis de revisão constitucional têm de respeitar:[...] a) a independência, a soberania e a unidade do Estado; [...] b) a forma republicana de Governo; [...] c) a separação entre as confissões religiosas e o Estado; [...] d) os direitos, liberdades e garantias fundamentais; [...] e) o sufrágio universal, directo, secreto, pessoal, igual e periódico na designação dos titulares electivos dos órgãos de soberania das províncias e do poder local; [...] f) o pluralismo de expressão e de organização política, incluindo partidos políticos e o direito de oposição democrática; [...] g) a separação e interdependência dos órgãos de soberania; [...] h) a fiscalização da constitucionalidade; [...] i) a independência dos juizes; [...] j) a autonomia dos órgãos da governação descentralizada provincial, distrital e das autarquias locais; [...] k) os direitos dos trabalhadores e das associações sindicais; [...] l) as normas que regem a nacionalidade, não podendo ser alteradas para restringir ou retirar direitos de cidadania. [...] 2. As alterações das matérias constantes do número anterior são obrigatoriamente sujeitas a referendo”.*

94. Idem, Pág 662

95. Ibidem

96. Ibidem

97. Ibidem

98. Ibidem

99. Ibidem

8. A inconstitucionalidade da Revisão Total da Constituição

Na linguagem jurídica moçambicana é como falar-se em revisão geral da constituição, em alusão a uma possibilidade de uma revisão global da constituição, em oposição à ideia de uma revisão pontual quando incide sobre determinados artigos, quando ocorre pontualmente para atender a uma situação específica e concreta.

Adotamos a expressão revisão total em vez de revisão geral, pois admitimos com base na experiência moçambicana, que é possível desencadear um revisão geral da Constituição que não seja total, isto é, com carácter parcial, mas que permite um debate amplo sobre vários aspectos da Constituição, como foi o caso, do processo desencadeados na VII legislatura (não concluído), o qual não visava a substituição da Constituição em vigor, mas sim a sua modificação no sentido do seu aprimoramento e regeneração.

A questão que se coloca é será que é possível à luz das normas de uma revisão global da Constituição? Afinal o que é uma revisão constitucional? A revisão constitucional ~pode resultar numa nova Constituição?

A revisão constitucional, sendo feita no quadro dos limites estabelecidos pela própria Constituição para o exercício de um poder constituído, ela não pode preterir os limites da revisão constitucional, logo não pode alterar a identidade da Constituição objecto da Constituição e não pode revogar uma Constituição, por isso não dá lugar ao nascimento de uma nova Constituição, ela opera mudanças na Constituição, mas não mudanças da Constituição e são mudanças no sentido da Constitucionalidade da Constituição.

Por mais extensa e profunda que seja uma revisão constitucional se ela for feita dentro dos limites de revisão constitucional fixados pela própria Constituição ela não revoga a Constituição, não cria uma nova Constituição, não provoca a substituição da Constituição, pois mantém-se a identidade constitucional. Se as alterações constitucionais significarem a preterição dos limites (materiais) de revisão constitucional no sentido de mudança em princípios estruturantes que configuram limites materiais de revisão constitucionais então pode haver revogação da Constituição e aí, já não se está perante uma revisão constitucional, mas sim uma mudança da Constituição que dá lugar a uma substituição da Constituição.

Seria possível à luz da Constituição Moçambicana, proceder a uma revisão total da Constituição?

O nº 1 do artigo 304 ao impor que “ as alterações da constituição não inseridas no lugar próprio, mediante as substituições, as supressões e os aditamentos necessários, a Constituição rejeita, não apenas a substituição integral da Constituição por uma nova regulamentação constitucional global – hipótese que, independentemente desta disposição, dificilmente se

100. Jorge Miranda e Rui medeiros, constituição Portuguesa anotada, Tomo III, pág. 919

afigurar-se conforme com a natureza de poder de revisão constitucional¹⁰⁰

Assim, embora formalmente Moçambique teve três Constituições do ponto de vista estritamente jurídico-material, Moçambique teve duas Constituições, a de 1975, que era uma Constituição, proclamatória, de orientação socialista, que instituiu um sistema político de partido único, centralizado e a constituição de 1990, que substituiu a Constituição de 1975, e fez um ruptura, fazendo nascer a segunda República, com a introdução do estado de direito democrático, do multipartidarismo, da economia de mercado, de fiscalização da constitucionalidade dos actos normativos e a consagração do referendo.

Da constituição de 1975, não houve uma revisão constitucional, termos técnico-jurídico, mas sim uma substituição da Constituição a criação de uma nova Constituição de república, com a descontinuidade da ordem constitucional criada pela constituição de 1975.

Da constituição de 1990 a constituição de 2004 houve uma verdadeira revisão constitucional, pois a constituição de 2004 veio apromorar e consolidar os princípios e valores consagrados na Constituição de 1990. A constituição de 2004 é uma Constituição de continuidade em relação a Constituição de 1990, pois a identidade Constitucional da Constituição de 1990 manteve-se na Constituição de 2004.

Neste sentido, a Constituição de 2004 sendo fruto da revisão da Constituição de 1990, em termos Técnico-jurídico não é materialmente uma “Constituição Nova” em relação à Constituição de 1990, por isso não deveria ter lugar a revogação da Constituição de 1990, ela devia ter continuado em vigor, com a inserção no lugar próprio das alterações operadas, mediante as substituições, supressões, e aditamentos necessários.

Embora em termos jurídicos, não parece haver fundamentos que justificassem a revogação da Constituição de 1990, parece que em termos políticos havia razões de fundo para a revogação da Constituição de 1990, pois embora tenha sido a Constituição que introduziu o Estado de Direito democrático, o multipartidarismo e a economia de mercado, trata-se de uma Constituição multipartidária, aprovada por um parlamento monopartidário por isso após as eleições multipartidárias e a consequente criação de um parlamento multipartidário, a Constituição de 1990 carecia de alguma legitimidade política.

Se quisermos tomar as categorias propostas por OST e RIGAUX, podemos dizer que a validade da norma constitucional é polissémica: decompõe-se num aspecto formal – processual (legalidade), num prisma empírico – aplicativo (efectividade e uma vertente axiológica (legitimidade).¹⁰¹ Portanto o que o parlamento multipartidário fez ao aprovar a Constituição de 2004 (como se fosse nova) foi conferir legitimidade à Constituição de 1990 (aprovada por um parlamento monopartidário)

O valor político da Constituição de 2004, reside no facto de ter sido a primeira Constituição aprovada por um Parlamento multipartidário.

A revisão Constitucional de 2018 apesar de ter sido profunda em matéria de

101. Jorge Miranda e Rui medeiros, constituição Portuguesa anotada, Tomo III, pág. 919

descentralização ela não altera a identidade da constituição de 2004, ela ocorreu dentro dos limites de revisão constitucional fixados pela própria Constituição, pelo que a Constituição de 2004 não foi revogada, continua em vigor.

Como lei necessária que é, a Constituição não pode ser revogada, só pode ser modificada, e com limites materiais, pelo que está excluída a substituição global da Constituição por outra. A revisão é substancialmente diferente do caso de substituição de uma Constituição por outra. Nesta verifica-se uma descontinuidade constitucional. Na revisão não se dá uma sucessão de ordens constitucionais, mas sim, apenas, alterações parciais dentro da mesma ordem constitucional.

Neste sentido consideramos que uma revisão total da Constituição seria inconstitucional, pois a revisão constitucional por mais profunda que seja, ela é sempre parcial, pois não dá lugar a substituição da Constituição em vigor, mas sim a sua modificação pois caso contrário, não seria uma revisão Constitucional, mas sim uma mudança de Constituição.

Bibliografia

ALEXANDRINO, José Melo, Lições de Direito Constitucional, Volume I, 3 edição, Associação da Faculdade de Direito de Lisboa Editora, Lisboa 2018

_____, Lições de Direito Constitucional, Volume II, 3 Edição, Lisboa, 2018

AMARAL, Diogo Freitas do Curso de Direito Administrativo vol 1, Almedina, 2006, 3ª Edição

_____, Curso de Direito Administrativo, Volume II, 2ª edição, Almedina, Lisboa, 2014

ASSEMBLEIA DA REPÚBLICA, Ante-Projecto de Revisão da Constituição de Moçambique, Documento Base para o Debate Público, VII Legislatura, Maputo, 2011

BALTAZAR, Rui, Revisão Constitucional, Democracia e Estabilidade Política, in Revista de Direito de Língua Portuguesa, Ano IV-Número 8, Lisboa, Julho/Dezembro de 2016.

BAPTISTA, Eduardo Correia, Os limites materiais e a revisão de 1989, A relevância do Direito Costumeiro, in Jorge Miranda, Perspectivas Constitucionais, nos 20 anos da Constituição de 1976, Volume III, Coimbra Editora, 1998.

CANOTILHO J.J. Gomes e MOREIRA, Vital, Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume II, Artigos 108 a 296, 4ª Edição Revista, Coimbra Editora, Coimbra, 2014.

CANOTILHO, J.J. Gomes, Moreira Vital, Fundamentos da Constituição, Coimbra Editora, Coimbra, 1991

_____, Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7 edição, Edições Almedina, Coimbra, 2003

CANAS, Vitalino, O Sistema de Governo moçambicano na Constituição de 1990, in Revista - Africana de Direito, I, Lisboa, 1997, pp. 168 e ss..

CARILHO, José Norberto e Nhamissitane, Emídio Ricardo, Alguns Aspectos da Constituição

Moçambicana, Maputo, 1991

CISTAC, Gilles, História Constitucional da Pátria Amada, In Bejamim Pequeno (coord), Evolução Constitucional da Pátria Amada, MAPUTO, 2009, p.14

_____, O Conselho Constitucional como Regulador do Sistema Jurídico -Político Moçambicano, in José Pina Delgado e Mário Silva(orgs). Estudos em Comemoração do XX Aniversário da Constituição da República, Praia 2013, p.308

COSTA, Dalvan, Sistemas constitucionais comparados :Angola e Moçambique, in José Melo Alexandrino (coordenador), Estudos Sobre o Constitucionalismo no Mundo de Língua Portuguesa ,volume I, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa , Lisboa , 2015.

FORTES, Braulio Gomez, O Controlo Político Dos Processos Constituintes, Os Casos da Espanha e de Portugal, Instituto de Ciências Sociais de Lisboa, Lisboa, 2009

BACELAR, Goveia, Sistemas Constitucionais Africanos de Língua Portuguesa: a caminho de um paradigma?

_____, Direito Constitucional de Moçambique, Instituto do Direito de Língua Portuguesa, Lisboa, 2017.

_____, Manual de Direito Constitucional, I-Teoria do Direito Constitucional, 6 Edição, Almedina, Lisboa, 2016

_____, Manual de Direito Constitucional, II-Direito Constitucional Português, 6!Edição, Almedina, Lisboa, 2016

_____, A Democracia na Teoria do Direito Constitucional, parte do texto-síntese dá palestra proferida na Cidade de Praia, Cabo Verde, em 25 de Julho de 2012.

_____, As Constituições dos Estados Lusófonos, Lisboa, 1993

GOMES, Canotilho, Pode o referendo aperfeiçoar a democracia? In Crise e Reforma da Democracia, V Curso Livre de História Contemporânea, Lisboa, 11 a 16 de Novembro de 2002, organizado por Fundação Mário Soares e Instituto de História Contemporânea da Universidade Nova de Lisboa, Edições Colibri, 2005.

HUNGUANA, Teodato, Democracia e Estado de Direito em Moçambique: Análise e Perspectivas, ISRI, 20.09.16.

MIRANDA, Jorge e MEDEIROS Rui, Constituição Portuguesa Anotada, Tomo III, Organização do Poder Político e Revisão da Constituição, Disposições Finais e Transitórias, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MIRANDA, Jorge (org), Direito Constitucional e Democracia, Jurua Editora, Lisboa, 2002.

_____, Fiscalização da Constitucionalidade, Edições Almedina, Lisboa, 2017

_____, Direitos Fundamentais, 2 Edição, Edições Almedina, Lisboa, 2017

_____, Direito Eleitoral, Edições Almedina, Lisboa, 2018

_____, Sobre Direito Eleitoral, In Revista Juridica, n 16 e 17 Julho .91/Junho. 1992-Nova Série

_____, Sobre os limites da Revisão Constitucional, in Revista Juridica, n13 e 14 Janeiro /Junho .1990 nova Série .

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo I, Preliminares, Estado e os Sistemas Constitucionais, 8 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo II, Constituição, 6 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo III, Estrutura Constitucional do Estado, 6 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2010.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo V, A Actividade Constitucional do Estado, 3 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Estrutura Constitucional da Democracia, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

_____, Manual de Direito Constitucional, Inconstitucionalidade e Garantias da Constituição, Tomo VI, 4 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013.

_____, Constituição e democracia, Lisboa, Petron, 1976.

_____, Formas e Sistemas de Governo, Editora Forense, Rio de Janeiro, 2007.

_____, Manual de Direito Constitucional, Tomo VII, Estrutura constitucional da democracia, Coimbra Editora, Lisboa, 2007.

_____, Constituição de Moçambique, Guine-Bissau, São Tomé e Príncipe e Cabo-Verde, Lisboa, 1990.

_____, Valores permanentes da Constituição Portuguesa, in Jorge Miranda (Órgãos), Associação da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 2017

_____, 1941 – Normas complementares da constituição/Jorge Miranda, Paulo Otero. 2ª Edição, Act. – Lisboa: A.A.F.D.L, 1991.- 754 p.; 23cm C01-1794

_____, 1941 – Sobre o anteprojecto da revisão da constituição de Moçambique / Jorge Miranda. – Lisboa: Revista O Direito 1991. – 10 p.; 21 cm – Sep. De: O Direito, ano 123º, nº 1 (1991) C01-1809

_____, 1941 – Incostitucionalidade de revisão constitucional, 1971: um projecto de Francisco Sá Carneiro / Jorge Miranda. – Lisboa: Assembleia da República, 1997. – 59p.; 21 cm C01-2173.

_____, 1941 – A constituição portuguesa e os direitos dos trabalhadores / Jorge Miranda In: Direitos Humanos e democracia. – Rio de Janeiro, 2007, p. 69-78 C01-3704

_____, 1941 – A originalidade e as principais características da constituição portuguesa / Jorge Miranda In: Cuestoneconstitucionales: revista mexicana de derecho constitucional. – Mexico. – Nº 16 (Ene.-Junio2007), p.253-280.ISSN 1405-9193 C01-28PP

_____, A Revisão Constitucional de 1997, Sistema de actos Legislativos, opinião, in Legislação, cadernos de Legislação, número 19/20, INA, Abril-Dezembro, Lisboa, 1997

_____, Sobre o anteprojecto da Constituição de Moçambique ,in O Direito ,ano

123,I,Janeiro-Março ,pp 197 e ss

MONTEIRO, José Óscar, Estado e Constituição em Moçambique, Versão Pedagógica, Maputo, 2001.

MORAIS, Carlos Blanco, O Sistema Político no contexto da erosão da democracia representativa, Edições Almedina, Lisboa, 2017.

_____, Curso de Direito Administrativo ,Vol.II,2 Edição ,Editora Almedina,Lisboa,2014

_____, Curso de Direito Constitucional ,As Funções do Estado e o Poder Legislativo no Ordenamento Português,Tomo I,2 Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2012

_____, Curso de Direito Constitucional ,Teoria da Constituição em Tempi de crise de Estado Social ,Tomo II,Volume 2,Coimbra Editora ,Coimbra ,2014

_____, Curso de Direito Constitucional ,Teoria da Constituição ,Tomo II Edições, Almedina, Coimbra 2018

MORAIS, Carlos Blanco, O défice estratégico da ordenação constitucional das autonomias regionais, artigo que desenvolve a intervenção feita pelo autor num colóqui realizado em Dezembro de 2006, na Faculdade de Direito de Lisboa, no âmbito das comemorações relativas ao nascimento do professor Marcelo Caetano, in Portugail.co.pt, homepage Comunicação Publicações Revista ano 2006 ano 66 – Vol III – Dezembro de 2006 Doutrina.

MOREIRA, Vital, Evolução do Sistema Democrático em Portugal (1974-2002): Traços e impasses, in Crise e Reforma da Democracia, V Curso Livre de História Contemporânea, Lisboa, 11 a 16 de Novembro de 2002, organizado por Fundação Mário Soares e Instituto de História Contemporânea da Universidade Nova de Lisboa, Edições Colibri, 2005, PP. 11-30.

MOREIRA, Vital, Constituição e Revisão Constitucional, Editorial Caminho, Lisboa, 1980.

OTERO, Paulo, O acordo de Revisão Constitucional: Significado Político e Jurídico, Associação Académica da Faculdade de Direito, Lisboa, 1997.

_____, Direito Constitucional, volume I, Identidade Constitucional, Edições Almedina, Coimbra, 2017

_____, Lições de Direito Constitucional, volume II, Organização do Poder Político, Edições Almedina, Coimbra, 2017.

RODRIGUES, Luís Barbosa /Alves Sílvia /João Nguenha, Constituição da República de Moçambique e Legislação Constitucional,Edições Almedina, Coimbra, 2006

ROGERIO Nuno, Da Revisão Controlada,Notas sobre as Cláusulas Constitucional irreformáveis,Polis -n 1-Outubro-Dezembro -1994, pp,89-113

Legislação

Imprensa Nacional, Constituição da República de Moçambique, Maputo, 2004.

Comité Central da FRENTE DE LIBERTAÇÃO DE MOÇAMBIQUE, Constituição da

República Popular de Moçambique, Tofo, 20 de Junho de 1975.

Imprensa Nacional, Constituição da República, Maputo, 2 de Novembro de 1990.

Lei nº 4/86, de 25 de Julho, Lei de Revisão Constitucional.

Lei nº 1/77, de 1 de Setembro.

Lei nº 1/2008, de 12 de Junho, Publicada no Boletim da República número 115, I Série, a 12 de Junho de 2008.

Lei nº 17/2013, de 12 de Agosto, Republicada, com as alterações introduzidas pela Lei nº 13/2014, de 17 de Junho, Lei nº 1/2015, de 27 de Fevereiro e Lei nº 12/2016, de 30 de Dezembro.

Sites

<https://www.maxwell.vrac.puc-rio.br>

Lei nº 1/2018 de 12 de Julho, publicado no Boletim da República, na I Série – Número 15

Resolução nº 40/2012 de 20 de Dezembro, publicado no Boletim da República, I Série, número 51.

**SUBVERTENDO O “CIS-TEMA”: O CASO LUIZA MELINHO VS. BRASIL DA
COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

***SUBVERTING THE “CIS-TEMA”: THE CASE LUIZA MELINHO VS. BRAZIL OF
THE INTER-AMERICAN COMMISSION ON HUMAN RIGHTS***

Doglas Cesar Lucas¹

Pâmela Copetti Ghisleni²

RESUMO: A contemporaneidade visibilizou estéticas existenciais antes oprimidas, emprestando especial relevância às experiências concretas dos sujeitos. A emergência desse fenômeno desorganiza as dicotomias jurídicas tradicionais, desafiando os Estados a desenvolverem novas percepções sobre o sujeito. Quando o Estado não se apropria adequadamente desse novo cenário, órgãos como a Sistema Interamericano (SIDH) podem se revelar como uma alternativa eficaz rumo ao reconhecimento e proteção desses novos (e controversos) direitos. Este estudo, portanto, objetiva analisar de que maneira o tema dos direitos sexuais vem sendo incorporado à agenda do SIDH, o que é feito a partir do emblemático caso Luiza Melinho vs. Brasil.

Palavras-chave: Direito Internacional. Direitos Humanos. Direitos Sexuais. Gênero. Sistema Interamericano.

ABSTRACT: The contemporaneity made visible existential aesthetics oppressed before, giving special relevance to the concrete experiences of the subjects. The emergence of this phenomenon disrupts traditional legal dichotomies, challenging states to develop new perceptions about the subject. When the state does not appropriately appropriate this new scenario, agencies such as the Inter-American System (IACHR) can prove to be an effective alternative to recognizing and protecting these new (and controversial) rights. This study, therefore, aims to analyze how the issue of sexual rights has been incorporated into the IACHR agenda, which is based on the emblematic case Luiza Melinho vs. Brazil.

Keywords: International Law. Human rights. Sexual rights. Genre. Inter-American system.

1. Doutor em Direito pela UNISINOS e Pós-Doutor em Direito pela *Università Degli Studi di Roma Tre*. Professor dos Cursos de Graduação, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul – UNIJUÍ/RS e do Curso de Graduação em Direito da Faculdade CNEC Santo Ângelo. Professor Colaborador do Mestrado e Doutorado em Direito da URI – Santo Ângelo. Editor-Chefe da Revista Direitos Humanos e Democracia (B1). Avaliador Inep/Mec. Advogado.

2. Bacharel e Mestre em Direito pela Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul (UNIJUÍ/RS). Membro da Comissão de Direitos Humanos da 23ª Subseção da OAB/RS. Advogada (OAB/RS nº 100.497).

Considerações iniciais

As proclamações de direitos genéricas e abstratas típicas da Modernidade, em cujo cerne gravitava a igualdade de todos perante a lei, a tutela da vida e das liberdades, foram fundamentais para a emancipação do sujeito de todas as formas de opressão, sobretudo daquelas protagonizadas pelo Estado. Mas é possível proteger, de fato, direitos humanos sem uma definição de quem (ou do quê) é o humano? Se levarmos em consideração sexo, etnia, cor e condição social, a natureza humana descorporificada e abstrata daquele indivíduo protegido sob o manto dos documentos revolucionários do século XVIII adquire uma forma bem específica: o indivíduo político universal, nesses termos, é masculino, branco, cisgênero³ e pertencente aos estratos dominantes da sociedade.

A contemporaneidade, não satisfeita com essa formalidade, reivindica a efetiva consolidação de direitos, catalisando as diferenças, potencializando a diversidade, fomentando que se visibilizem (e se protejam) todas as possíveis maneiras de ser e estar no mundo. Nesse processo de reconhecimento de diferenças e visibilização de demandas identitárias, a efetiva concretização dos direitos humanos adquiriu novas faces com diferentes especificidades, destacando-se a necessidade de proteção de novos direitos, dentre os quais incluem-se os direitos sexuais.

A sexualidade e a identidade de gênero, ao introduzirem em seu contexto o amor, o afeto e o romance, tornam-se, invariavelmente, ferramentas que medem o valor social do indivíduo. É dizer, projetamos em nossas experiências sexuais e amorosas um fator de reconhecimento tanto ou mais importante do que fazemos com relação às nossas possibilidades financeiras ou intelectuais, por exemplo. Isso significa que o gênero e a sexualidade possibilitam o reconhecimento ou a sensação de perda de valor próprio, a depender das circunstâncias. Com isso, a sexualidade e a identidade de gênero tornam-se elementos-chave na imensa gama de identidades que compõem o ser.

Essa transformação, rapidamente acolhida em diversos campos do conhecimento humano, ainda caminha a passos lentos na cena jurídica, inclusive na seara dos direitos humanos. É possível questionar-se, então: é importante para o Estado e para o Direito o que as pessoas sentem? O corpo ou a *pele que habitam*?⁴ A forma como desejam? Quem desejam? Este artigo posiciona-se claramente favorável a tais questionamentos, o que não significa um clamor à regulação jurídico-legal nos melindres do tema, muito antes pelo contrário, conforme demonstrar-se-á ao longo da pesquisa.

3. Cisgênero é o termo utilizado para designar as pessoas que se identificam e, portanto, se sentem confortáveis, com o gênero que lhes foi atribuído quando do nascimento. A expressão é colocada no sentido diametralmente oposto de transgênero, termo que abarca numa só alcunha transexuais, travestis e outras formas de identidade de gênero, como pessoas não binárias, por exemplo. Trata-se, em poucas palavras, de pessoas que (re)inventam seus corpos em busca de uma identidade alheia às convenções e marcos regulatórios impostos ao seu sexo e gênero, subvertendo, portanto, todo um “cis-tema” de opressão e “normalização”. Este aparte é necessário porque a temática da identidade de gênero se confunde com a própria história de vida de Luiza Melinho, protagonista do caso a ser aqui analisado.

O recorte teórico escolhido é aquele do caso *Luiza Melinho vs. Brasil*, submetido à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) em 2009 e cujo relatório de admissibilidade foi proferido em 2016. A partir dele, pretende-se compreender como essa complexidade do mundo contemporâneo, esse libertar dos corpos, da palavra e dos gestos repercutiu no Direito e nas políticas de Estado, agora instigados e desafiados a tratar da sexualidade e das identidade de gênero de modo libertário.

Para realização do estudo, adotou-se como base a fenomenologia hermenêutica, consistente na revisão crítico-reflexiva dos temas transmitidos pela tradição filosófica por meio da linguagem. Essa abordagem permite a análise dos fenômenos estudados no plano da historicidade, favorecendo a compreensão de que o “fazer jurídico” é mais do que um ato passivo de subsunção (STRECK, 2014). Esse horizonte metodológico, portanto, surge como um campo fértil e adequado à discussão da temática objeto desta pesquisa.

1 Situando o debate: o Sistema Interamericano de Direitos Humanos e a proteção de direitos sexuais

Antes do enfrentamento do caso *Luiza Melinho vs. Brasil*, é salutar desenvolver breves apontamentos acerca do SIDH e dos seus aspectos procedimentais, sem os quais a compreensão do julgamento da CIDH relativamente à admissibilidade do caso, posteriormente analisado, fica prejudicada.

É preciso prefaciá-lo lembrando que o SIDH, na condição de sistema regional que caminha lado a lado com o sistema global (alicerçado na Organização das Nações Unidas – ONU) compreende uma região marcada por elevado grau de exclusão e desigualdade social, na qual persistem enraizadas a violência e a impunidade. Então, dois fatores fundamentais marcam o contexto latino-americano: o período dos regimes ditatoriais e a transição para os regimes democráticos, na década de 1980, na Argentina, Chile, Uruguai e Brasil. Nesses períodos ditatoriais, os mais básicos direitos e liberdades foram violados. Execuções sumárias, desaparecimentos forçados, torturas sistemáticas, prisões ilegais e arbitrárias, perseguições políticas e abolição das liberdades de expressão, reunião e associação fizeram parte do cotidiano dos cidadãos (PIOVESAN, 2006).

4. Em “A pele que habito”, Pedro Almodóvar coloca-nos a pensar sobre quem é o eu que habita a pele, quem é o ser que mora no corpo. A experiência do filme é extremamente rica na medida em que narra a história de Robert, um médico cujas vivências não lhes permitiram elaborar o luto pela ausência (talvez mais física) de sua amada esposa. Norma, filha do cientista, é uma jovem atormentada por ter presenciado a morte da mãe e, em um ato verdadeiramente limiar, é estuprada por Vicente. A partir daí, o sentimento de vingança reconforta Robert, que passa a impor uma transexualização forçada ao rapaz, que é batizado de Vera. O espectador questiona-se, então, sobre o fato de a cobaia ter assumido, ou não, as pressupostas características do novo corpo (e do novo sexo). Percebe-se que ele o faz, mas apenas como forma de sobreviver no confinamento criado por Robert. Ao final, portanto, descobre-se que Vera sempre foi apenas o invólucro que encapsulava Vicente.

Não se pode esquecer, além disso, que o sujeito latino-americano personifica justamente a ideia do *outro*, do bárbaro, tendo em vista que a América colonizada pelos portugueses e espanhóis foi apropriada (e castrada) pelo discurso moderno do Eu europeu universalizado e abstrato. Nesse sentido, o “rapaz latino-americano sem dinheiro no banco, sem parentes importantes e vindo do interior”, a que se refere Belchior na sua clássica composição de 1976, ilustra sonora e lindamente o sujeito que nasce da opressão, da miséria e da pobreza, circunstâncias que vão reverberar em seu processo de subjetivação e, portanto, em categorias como o *self* e o *status*.

O fato de que os europeus ocidentais imaginaram ser a culminação de uma trajetória civilizatória desde um estado de natureza, levou-os também a pensar-se como os modernos da humanidade e de sua história, isto é, como o novo e ao mesmo tempo o mais avançado da espécie. Mas já que ao mesmo tempo atribuíam ao restante da espécie o pertencimento a uma categoria, por natureza, inferior e por isso anterior, isto é, o passado no processo da espécie, os europeus imaginaram também serem não apenas os portadores exclusivos de tal modernidade, mas igualmente seus exclusivos criadores e protagonistas. O notável disso não é que os europeus se imaginaram e pensaram a si mesmos e ao restante da espécie desse modo – isso não é um privilégio dos europeus – mas o fato de que foram capazes de difundir e de estabelecer essa perspectiva histórica como hegemônica dentro do novo universo intersubjetivo do padrão mundial do poder. (QUIJANO, 2005, p. 122).

Entretanto, é importante conjugar nessa análise o fato de que atualmente existe um movimento tendente a afirmar uma posição diferente da sociedade latino-americana em relação ao seu passado de exclusão e exploração, fortalecendo percepções outras que escapem dos reducionismos que analisam negativamente a região (LUCAS; CENCI, 2014). Com efeito, “todo la historia de Latinoamérica, al menos desde que eleuropeo llego a ella, es historia de derechos humanos” (ZAFFARONI, 1989, p. 22), de modo que se cada fração de consciência do nosso ser está colonizada pela opressão a que o povo latino-americano foi submetido, essa mesma fração consciente tem a lúcida percepção de que temos direitos.

Por conseguinte, nesse contexto de fracas democracias, exclusão, desigualdade social, impunidade, violência e pensamento (sentimento) de colonialidade, não surpreende que parcela considerável das represálias verificadas no continente desague justamente na sexualidade e na identidade de gênero dos indivíduos, motivo pelo qual assume especial relevância a análise dos direitos sexuais na América Latina e no sistema regional a ela vinculado, do qual falar-se-á nos parágrafos seguintes.

A ideia globalizante de direitos humanos universais é enriquecida (e inclusive contestada)

pelas particularidades regionais. É por influência dessa dinâmica que surge, no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA), o SIDH. “Cada sistema regional funciona, pois, em seu próprio ritmo e atento à realidade de seu continente” (TRINDADE, 2000, p. 107).

O SIDH é formado por quatro diplomas normativos essenciais: a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (DADH), a Carta da Organização dos Estados Americanos (Carta da OEA), a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador).

O Sistema Interamericano, por conseguinte, compõe-se de dois instrumentos ou regimes: um baseado na Carta da Organização dos Estados Americanos (OEA) e outro na Convenção Americana. A fim de dar efetividade ao sistema, a Convenção Americana conta com um aparato que é integrado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e pela Corte Interamericana (Corte IDH), responsável pelo monitoramento e implementação daqueles direitos que enuncia, tendo como principal função a observância e proteção dos direitos humanos nas Américas.

A Comissão Interamericana de Direitos Humanos, criada em 1959, tem competência perante todos os Estados da Convenção Americana relativamente aos direitos humanos nela previstos, e perante todos os Estados-membros da Organização dos Estados Americanos quanto aos direitos garantidos na Declaração Americana de 1948. A Comissão conta com sete membros, eleitos pela Assembleia Geral para um período de quatro anos, possibilitando-se a reeleição apenas uma vez, nos termos dos artigos 34 e 37 da Convenção Americana.

Dentre as importantes atribuições da Comissão podemos mencionar a elaboração de relatórios conclusivos informando se o Estado violou ou não a Convenção Americana. Esse relatório é enviado ao Estado-parte que, se não der cumprimento às recomendações no prazo, pode ser denunciado perante a Corte Interamericana. A partir daí, há um “quê” de juridicidade no procedimento. Isso porque a Corte Interamericana é composta por sete juízes nacionais de Estados membros da OEA, tendo competências consultiva (interpretação das disposições da Convenção Americana e também dos tratados relativos à proteção de direitos humanos nos Estados Americanos) e contenciosa ou jurisdicional (solução de controvérsias que se apresentem sobre a aplicação ou interpretação da própria Convenção). Todavia, o caso somente pode ser submetido à Corte se houver declaração expressa e específica do Estado reconhecendo a competência da Corte para tanto (artigo 62), o que muitas vezes coloca em xeque a efetividade do procedimento por supostamente enfraquecer o sistema.

Além dos órgãos e documentos mencionados, o Sistema Interamericano possui um conjunto bastante amplo de legislação específica, destacando-se, para o tema em análise, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, realizada em 1994 e a Resolução nº 2435/2008 da Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, e suas alterações subsequentes (RES nºs 2863/2014, 2807/2013, 2721/2012,

2653/2011, 2600/2010, 2504/2009).

Importa destacar também a criação, em 2011, a cargo da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, da Unidade para os Direitos de Pessoas Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais (LGBTI), com enfoque em temas como orientação sexual, identidade, expressão de gênero e diversidade corporal. A ela, seguiu-se a relatoria sobre o direito de pessoas LGBTI, cujas atividades foram formalmente iniciadas em fevereiro de 2014 com a indicação da Comissária Tracy Robinson para Relatora. Atualmente, essa importante atribuição está a cargo da jurista brasileira Flávia Piovesan, eleita pela Assembleia Geral da OEA para um período de quatro anos, iniciando-se em 1º de janeiro de 2018 e findando em 31 de dezembro de 2021.

Ainda, a Convenção Interamericana contra Toda Forma de Discriminação e Intolerância, aprovada em 2013, constitui-se num importante instrumento de repúdio à discriminação e violência contra os grupos LGBTI. Sua eficácia deriva em boa parte do fato de que é o primeiro documento internacional que vincula, expressa e juridicamente, condenando a discriminação baseada em orientação sexual, identidade e expressão de gênero.

É de se mencionar, também, que organizações como o Comitê Latino-americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM), a Rede Latino-americana e Caribenha de Jovens pelos Direitos Sexuais e Reprodutivos e a Comissão Internacional de Direitos Humanos para Gays e Lésbicas, ao lado de outras instituições, alavancaram, a partir de 2002, uma Campanha por uma Convenção Interamericana dos Direitos Sexuais e dos Direitos Reprodutivos. Entretanto, as últimas notícias disponíveis na rede relativamente à Convenção são de 2005, de modo que a medida parece não estar tendo qualquer progresso, o que ilustra, em boa medida, a necessidade de pesquisas e medidas que possam visibilizar a importância do reconhecimento expresso dos direitos sexuais.

Por fim, é bom lembrar a relevância da função consultiva da Corte para os direitos sexuais. Em seu último parecer consultivo (OC n° 24/17), solicitado pela Costa Rica, a Corte esclareceu a obrigação de o Estado reconhecer e facilitar a mudança de nome das pessoas de acordo com a identidade de gênero de cada uma (inclusive no que se refere a menores de 18 anos). Nele, a Corte reitera a sua jurisprudência no sentido de que a orientação sexual e a identidade de gênero são direitos protegidos pelo Pacto de San Jose. Observa, por conseguinte, que os procedimentos de natureza materialmente administrativa ou notarial (em detrimento do jurisdicional) são aqueles que melhor atendem e se adequam aos seguintes requisitos: a) devem estar focados na adequação integral da identidade de gênero autopercebida; b) devem estar baseados unicamente no consentimento livre e informado do solicitante sem que exijam requisitos como certificações médicas e/ou psicológicas ou outros que possam resultar não razoáveis e patologizantes; c) devem ser confidenciais; d) devem ser rápidos e, na medida do possível, gratuitos; e e) não devem exigir a realização de operações cirúrgicas e/ou hormonais. A Corte estima também que devem ser protegidos, sem discriminação alguma com respeito aos casais de pessoas heterossexuais, em conformidade com o direito à igualdade e à não discriminação (artigos 1.1 e 24), todos os direitos

patrimoniais quederivam do vínculo familiar protegido entre pessoas do mesmosexo. A Corte assentou, ainda, que

[...] la evolución del matrimonio da cuenta de que su actual configuración responde a la existencia de complejas interacciones entre aspectos de carácter cultural, religioso, sociológico, económico, ideológico y lingüístico. En ese sentido, la Corte observa que en ocasiones, la oposición al matrimonio de personas del mismo sexo está basada en convicciones religiosas o filosóficas. El Tribunal reconoce el importante rol que juegan dichas convicciones en la vida y en la dignidad de las personas que las profesan; no obstante, éstas no pueden ser utilizadas como parámetro de convencionalidad puesto que la Corte estaría impedida de utilizarlos como una guía interpretativa para determinar los derechos de seres humanos. En tal sentido, el Tribunal es de la opinión que tales convicciones no pueden condicionar lo que la Convención establece respecto de la discriminación basada en orientación sexual. Es así como en sociedades democráticas debe existir coexistencia mutuamente pacífica entre lo secular y lo religioso; por lo que el rol de los Estados y de esta Corte, es reconocer la esfera en la cual cada uno de éstos habita, y en ningún caso forzar uno en la esfera de otro. (CORTE IDH, 2017b, p. 85).

É relevante mencionar que esse entendimento está consolidado na jurisprudência nacional em virtude de importante julgamento pelo Supremo Tribunal Federal (STF) de março de 2018 nos autos Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 4275/DF, que restou assim ementado:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DIREITO CONSTITUCIONAL E REGISTRAL. PESSOA TRANSGÊNERO. ALTERAÇÃO DO PRENOME E DO SEXO NO REGISTRO CIVIL. POSSIBILIDADE. DIREITO AO NOME, AO RECONHECIMENTO DA PERSONALIDADE JURÍDICA, À LIBERDADE PESSOAL, À HONRA E À DIGNIDADE. INEXIGIBILIDADE DE CIRURGIA DE TRANSGENITALIZAÇÃO OU DA REALIZAÇÃO DE TRATAMENTOS HORMONAIS OU PATOLOGIZANTES. 1. O direito à igualdade sem discriminações abrange a identidade ou expressão de gênero. 2. A identidade de gênero é manifestação da própria personalidade da pessoa humana e, como tal, cabe ao Estado apenas o papel de reconhecê-la, nunca de constituí-la. 3. A pessoa transgênero que comprove sua identidade de gênero dissonante daquela que lhe foi designada ao nascer por autoidentificação firmada em declaração

escrita desta sua vontade dispõe do direito fundamental subjetivo à alteração do prenome e da classificação de gênero no registro civil pela via administrativa ou judicial, independentemente de procedimento cirúrgico e laudos de terceiros, por se tratar de tema relativo ao direito fundamental ao livre desenvolvimento da personalidade. 4. Ação direta julgada procedente. (ADI 4275, Relator: Min. Marco Aurélio, Relator p/ Acórdão: Min. Edson Fachin, Tribunal Pleno, julgado em 01/03/2018, Publicado em 07/03/2019).

Inclusive, no inteiro teor do acórdão é possível verificar que os Ministros fazem menção por diversas vezes à importante OC 24/17⁵ da Corte IDH a fim de justificar suas razões de decidir. É importante lembrar, porém, que no que diz respeito à função consultiva da Corte, a não vinculação de seus pareceres é a regra geral. No entanto, há posicionamento doutrinário, em ascensão, é bom dizer, defendendo que os pareceres consultivos e, portanto, a OC nº 24/17, teriam caráter vinculante em relação às partes que aceitem a jurisdição da Corte.

O fato é que quase meio século após o início das discussões envolvendo a identidade de gênero e a sexualidade no campo do Direito Internacional, os resultados são animadores. Por outro lado, o retrocesso é um risco sempre presente em se tratando de direitos humanos. Daí porque o receio de alguns autores, a exemplo de Petchesky (1999), de que o conceito de direitos sexuais até então utilizado não dê conta da multiplicidade de questões envolvidas. “O conceito está longe de ser claro, não só entre seus firmes opositores, mas também entre seus muitos defensores” (PETCHESKY, 1999, p. 16).

Além disso, outro grande entrave à concretização de uma sexualidade mais livre e emancipadora reside na seguinte pergunta: “por que é tão mais fácil declarar a liberdade sexual de forma negativa, e não em um sentido positivo e emancipatório?” (PETCHESKY, 1999, p. 24). Por que temos mais facilidade de formar um consenso sobre estupro, casamento forçado, escravidão, mutilação genital e outras formas de violência sexual, mas não sobre o direito de usufruir plenamente do seu próprio corpo? Não se desconhece que o problema da construção negativa dos direitos sexuais integra o debate sobre os direitos humanos. Nem que as dimensões negativa e positiva da sexualidade se interligam de modo dialético. É evidente que tais categorias devem estar representadas na norma a partir da (i)lícitude, mas o fato é que a ênfase dada a estes casos standardiza (e coloniza) o sujeito erótico que integra uma minoria sexual.

Mas por que nos sensibilizamos com o terror, com o drama, com a dor e o sofrimento alheios e, por outro lado, nos mantemos tão indiferentes ao fato de que muitas pessoas passam pela vida tendo experimentado uma sexualidade frustrada, castrada, opressora? Um gênero com o qual não se identificam? Um gênero que *não são*? É preciso considerar que se o afeto, o gênero e a sexualidade se tornaram categorias fundamentais na sociedade contemporânea, implicando alta carga de reconhecimento ao sujeito, boa parte das frustrações por ele experimentadas têm relação

5. Para uma análise detalhada da OC nº 24/17, sugere-se a leitura de Travassos (2018).

com tais questões.

Como uma categoria que tenta ser inclusiva e universal, os direitos sexuais podem cometer o mesmo erro experimentado pela ideia de direitos humanos na Modernidade de tornarem-se uma linguagem totalizante e excludente, que mais obscurece do que visibiliza (visibilizando somente quando e quem convém). Então, de que modo criar uma estrutura geral de direitos sexuais que inclua toda a imensa gama de especificidades próprias de cada indivíduo? O essencial é reconhecer que existem limitações e começar a falar sobre elas, desassociando sexo da reprodução, da prole e da heterossexualidade. É preciso pôr fim à culpa judaico-cristã que delineou o pensamento de muitas culturas, sobretudo as latino-americanas. Essa culpa, do “pecado original”, talvez seja a responsável por boa parte dos fracassos experimentados pelos sujeitos em termos de sexualidade. A culpa oprime, coloca o sujeito em situação de submissão, (tenta) faz(er) dele um ser não desejante. Daí resulta que embora falemos cada vez mais sobre o sexo, conforme já ponderava Foucault (1979), o fazemos inadequadamente, por meio de um discurso sempre transbordado dessa culpa da qual somos verdadeiros cúmplices e reprodutores e da qual agora devemos nos libertar.

Feitos esses aportes normativos, discorre-se agora a respeito do emblemático e recente caso *Luiza Melinho vs. Brasil*, que do ponto de vista dos direitos humanos, notadamente no tocante à identidade de gênero, emerge como um grande marco no âmbito da CIDH, na medida em que evidencia uma hipótese sustentada ao longo deste estudo no sentido de que nos Estados americanos persiste um elevado grau de intolerância e discriminação com relação às identidades de gênero que não traduzem aquele modelo de inteligibilidade a que faz menção Butler (2016) e do qual falar-se-á a seguir.

2 “Não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo”: o caso *Luiza Melinho*⁶ vs. Brasil

Em 26 de março de 2009, a CIDH recebeu o caso *Luiza Melinho vs. Brasil*⁷ em petição apresentada por Thiago Cremasco, tendo sido incluída posteriormente a Justiça Global como copeticionária. A causa foi intentada em favor da Sra. Luiza Melinho (vítima), sob o argumento

6. Foucault (2008, p. 20).

7. Parece estúpido reparar (pois deveria ser o óbvio, e em tese o óbvio prescinde de observação), mas a denominação e o modo de tratamento atribuído às vítimas pela CIDH são louváveis. Veja-se que nos casos de mulheres transexuais, como o presente, a CIDH emana seus pareceres referindo-se às partes com o artigo no feminino (“a peticionária”). A atitude, embora um tanto quanto sutil, possibilita que as vítimas efetivamente se reconheçam nos julgamentos, subvertendo a lógica dos discursos que inserem a mulher e o feminino sob o manto da linguagem sexista. Nesse sentido, há que ser levada em consideração a circunstância segundo a qual “a força da ordem masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificação.” (BOURDIEU, 2012, p. 19). Isto é, “o gênero masculino se mostra como algo não marcado, de certa forma neutro, ao contrário do feminino, que é explicitamente caracterizado.” (BOURDIEU, 2012, p. 19). Sendo assim, é importante que existam traços, ainda que sutis, de uma mudança também em termos de linguagem escrita ou falada, sem neutralizar sujeitos que existem e exigem visibilidade.

de que o Estado do Brasil violou os direitos humanos da vítima ao lhe haver negado a realização de uma cirurgia de afirmação sexual através do sistema público de saúde, bem como diante da negativa ao reembolso de cirurgia destinada aos mesmos fins realizada em hospital particular. Com isso, aduzem os peticionários que foram violados os direitos previstos nos artigos 1 (obrigação de respeitar os direitos), 4 (direito à vida), 5 (direito à integridade pessoal), 8 (garantias judiciais), 11 (proteção da honra e da dignidade) e 25 (proteção judicial) da CADH (CIDH, 2016, p. 01, § 1-3).

Os peticionários afirmam que a vítima sofre, há muitos anos, em virtude de não se identificar com o seu sexo de nascimento, tendo tentado o suicídio por dois anos consecutivos, em 1997 e 1998, de modo que a realização de uma cirurgia de afirmação sexual seria a única maneira de lhe conceder bem-estar corporal e existencial (CIDH, 2016, p. 01, § 5).

Em 10 de setembro de 1997, o Conselho Federal de Medicina brasileiro (CFM-BR) emitiu resolução regulamentando a realização de cirurgias de afirmação de sexo feminino no território nacional, de modo que somente hospitais universitários ou públicos de investigação médica (“hospitais-escola”) poderiam dar seguimento a ditas cirurgias em casos específicos, estabelecendo que

a definição de transexualismo⁸ [sic] obedecerá, no mínimo, aos critérios abaixo enumerados: desconforto com o sexo anatômico natural; desejo expresso de eliminar os genitais, perder as características primárias e secundárias do próprio sexo e ganhar as do sexo oposto; permanência desse distúrbio de forma contínua e consistente por, no mínimo, dois anos; ausência de outros transtornos mentais (CFM-BR, 1997).

Em 08 de abril de 1998, o Hospital de Clínicas da Universidade Estadual de Campinas (Hospital da UNICAMP) realizou o primeiro procedimento destinado à afirmação sexual, após o que se verificou a existência de outras seis pacientes que poderiam submeter-se à cirurgia. Ocorre que, o responsável pelo Hospital à época afirmou que o estabelecimento somente tinha possibilidade de efetuar quatro cirurgias dessa complexidade por ano (CIDH, 2016, p. 02, § 6-7).

A Sra. Melinho recebia cuidados médicos do Hospital da UNICAMP desde fevereiro de 1997, tendo em vista o primeiro episódio em que tentou suicidar-se. O Grupo Interdisciplinar de Estudos de Determinação e Diferenciação de Sexo (GIEDS) supervisionava a situação da vítima e desde o ano de 2000 os informes médicos já davam conta de confirmar que a Sra. Melinho era uma mulher transexual, tendo sido remetida e admitida no ano seguinte no Programa de

8. O sufixo “ismo”, de origem grega, denota condição patológica, motivo pelo qual a norma culta recomenda o uso da expressão “transexualidade”, em detrimento da ultrapassada “transexualismo”. Importa esclarecer que a Resolução CFM nº 1.482/97 foi revogada pela Resolução CFM nº 1.652/2002 que, por sua vez, foi revogada pela Resolução CFM nº 1.955/2010.

Afirmação Sexual do Hospital da UNICAMP para viabilizar o procedimento de afirmação sexual (CIDH, 2016, p. 02, § 8).

Em 13 de março de 2001, a Sra. Melinho foi internada para modificar a estética de sua laringe, procedimento que não foi realizado por não haver médico anestesista no local, o qual se encontrava em seu horário de almoço. Posteriormente, entretanto, referido estabelecimento hospitalar informou que não seguiria realizando as cirurgias de afirmação sexual em virtude da complexidade envolvida e por não ter condições de manter o grupo multidisciplinar⁹ exigido pela resolução do CFM-BR para tanto (CIDH, 2016, p. 02, § 9).

Ocorre que, a Sra. Melinho não tinha possibilidade de recomeçar o procedimento em outro hospital público. Isso porque somente cinco estabelecimentos em todo o território nacional realizavam as cirurgias de afirmação sexual à época. Ademais, o hospital mais próximo, da Universidade de São Paulo (USP), não estava recebendo novas pacientes. Os médicos da equipe multidisciplinar do Hospital da USP se negaram a utilizar os diagnósticos previamente concebidos pelos médicos do Hospital da UNICAMP para realização do procedimento. Por conseguinte, seria necessário realizar toda a supervisão médica novamente, a fim de checar os requisitos à realização do procedimento. Por dois anos, a Sra. Melinho arcou com os gastos de deslocamento para supervisão médica no novo Hospital, o que não pôde mais fazer, em virtude de serem demasiadamente elevados. A impossibilidade de realização das cirurgias no Hospital da UNICAMP ou em outro hospital público acarretou, em janeiro de 2002, mais um episódio de esgotamento psicológico, pois em ato de verdadeiro desespero, a Sra. Melinho mutilou seus próprios genitais (CIDH, 2016, p. 02, § 10).

Naquele mesmo ano (2002), o CFM-BR emitiu nova resolução por meio da qual autorizou a realização de cirurgia de afirmação sexual de sexo feminino em hospitais públicos e privados que não se dedicavam à investigação médica, permitindo pela primeira vez a realização de cirurgias de afirmação de sexo masculino, estas restritas aos hospitais públicos de investigação (CIDH, 2016, p. 03, § 12).

Em 08 de novembro de 2002, a Sra. Melinho ajuizou uma demanda contra a UNICAMP em virtude dos fatos aqui narrados, postulando, dentre outras questões, a realização da cirurgia em caráter de urgência. Em 14 de outubro de 2003, entretanto, os pedidos de antecipação de tutela formulados na demanda foram negados. A vítima solicitou que o Ministério Público fosse intimado a participar no processo de ação e garantia da atenção médica integral às pessoas trans, incluindo a realização de cirurgias de afirmação sexual¹⁰.

9. “A seleção dos pacientes para cirurgia de transgenitalismo obedecerá a avaliação de equipe multidisciplinar constituída por médico-psiquiatra, cirurgião, psicólogo e assistente social, obedecendo aos critérios abaixo definidos, após dois anos de acompanhamento conjunto: diagnóstico médico de transexualismo; maior de 21 (vinte e um) anos; ausência de características físicas inapropriadas para a cirurgia” (CFM-BR, 1997).

10. Infelizmente, tal circunstância aponta para uma forma de discriminação generalizada e institucional no Estado brasileiro que, nesse caso, partiu justamente da instituição que tem como uma de suas missões constitucionais a tutela de direitos sociais e individuais indisponíveis.

No entanto, em 09 de novembro de 2004, o Ministério Público exarou parecer por meio do qual entendeu que sua participação não era necessária no feito, de modo que os peticionários alegaram perante a CIDH que houve grave omissão do órgão na sua função constitucional de assegurar direitos difusos e coletivos de pessoas trans (CIDH, 2016, p. 03, § 14).

Diante das reiteradas negativas institucionais, em setembro de 2005 a Sra. Melinho acabou se endividando para pagar a cirurgia de afirmação sexual em um hospital privado, agora autorizado a realizar o procedimento, que foi feito com base nos diagnósticos médicos elaborados pelos profissionais da UNICAMP. Somente após esse episódio a vítima pôde viver de forma digna e saudável, tanto psicológica quanto fisicamente. Aduz, ainda, que posteriormente ao procedimento conseguiu retificar seu registro civil através de um processo judicial que teve a duração de pouco mais de um ano.

Nesse sentido, após solicitar o ressarcimento pelos gastos empregados na realização da cirurgia, novamente o tribunal de primeira instância negou o pedido. Em 09 de junho de 2008, em apelação da decisão perante o Tribunal de Justiça de São Paulo (TJ-SP), o recurso foi negado, em que pese tenha sido emanada, por parte do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF-4), uma decisão de alcance nacional incluindo a cirurgia de afirmação sexual como um procedimento a ser realizado pelo sistema público de saúde. Os peticionários alegam, por fim, que não foi possível apresentar recursos perante o Superior Tribunal de Justiça (STJ) e o Supremo Tribunal Federal (STF), tendo em vista que são recursos excepcionais que no presente caso não seriam efetivos (CIDH, 2016, p. 04, § 20-23).

Em sua defesa, o Estado brasileiro alegou que a vítima não esgotou os recursos internos por não ter reclamado perante aqueles dois tribunais superiores, de modo que estaria se valendo da CIDH como uma quarta instância. Salienta-se, a propósito, que o suposto esgotamento dos recursos internos, previsto nos artigos 46.1.a da CADH e 31.1 do Regulamento da CIDH, um dos pressupostos de admissibilidade de um caso na CIDH, é uma categoria frequentemente suscitada pelos Estados demandados. Ao que parece, a via burocrática e as formalidades que, em certa medida, são fundamentais nas democracias contemporâneas, ainda podem assumir uma faceta perversa que mais serve ao interesse dos Estados do que à proteção dos direitos humanos fundamentais, atuando como verdadeira “válvula de escape” para muitos países violadores de direitos humanos. Por outro lado, não há como negar que a CIDH vem manifestando-se no sentido de constantemente aplicar as exceções constantes dos artigos 46.2 da CADH e 31.2 do Regulamento da CIDH, os quais disciplinam as situações em há relativização da necessidade de esgotamento dos recursos internos.

O Estado brasileiro aduziu, ainda, que os fatos narrados não constituem uma afronta aos direitos protegidos pela CADH, já que apenas alcançariam o artigo 10 do Protocolo Adicional da CADH em termos de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador), não havendo competência da Comissão para analisar uma violação deste artigo mediante provocações individuais. No que diz respeito especificamente à cirurgia, o Estado alegou que o

fato de que alguns hospitais oferecem atenção e supervisão médica prévias não implica a obrigatoriedade de realização do procedimento cirúrgico de afirmação sexual. Com isso, pediu a inadmissibilidade da demanda (CIDH, 2016, p. 05, § 27-33).

Preliminarmente, a CIDH reconheceu sua competência para análise da matéria. Sobre o esgotamento dos recursos internos, a Comissão considerou que houve uma demora injustificada na tramitação do processo da Sra. Melinho perante os tribunais nacionais, não sendo razoável exigir que ainda fossem apresentados recursos de cunho excepcional aos tribunais superiores. Com isso, houve a aplicação da exceção ao esgotamento dos recursos internos, nos termos do artigo 46.2.c da CADH. Quanto ao prazo de apresentação da petição, a CIDH considerou que, tendo em vista as complexidades do caso, o petitório foi apresentado em prazo razoável, dando por satisfeito o requisito. Por fim, a Comissão afastou a possibilidade de coisa julgada internacional e entendeu que os fatos alegados podem consumir uma violação aos direitos constantes dos artigos 5, 8, 11, 24, 25 e 26 da Convenção Americana, em conexão com as obrigações dos artigos 1.1 e 2 do mesmo instrumento legal. Entretanto, a reclamação relativa ao artigo 4 da CADH (direito à vida), foi afastada pela Comissão, por entender que os peticionários não trouxeram provas suficientes à comprovação da sua violação. Também se declarou inadmissível o petitório relativamente ao grupo de pessoas trans que recorreram ao Hospital da UNICAMP para realização da cirurgia, já que, embora mencionadas ao longo da demanda, não foram precisamente identificadas (CIDH, 2016, p. 10, § 58). O caso agora aguarda análise de fundo da questão pela CIDH.

Considerações finais

A construção e consolidação do ambiente democrático não somente tolera como fomenta a diversidade. No entanto, *pari passu* com as possibilidades democráticas, vislumbramos aquilo que podemos chamar de uma ditadura da identidade, a qual faz com se perca o que há de mais essencial em nossa subjetividade quando somos obrigados a narrar, nas entrelinhas, quem somos. Essa gramática castradora faz com que nos esqueçamos do fato de que “nossa identidade é tragada pela diferença” (SHÖPKE, 2012, p. 192), de modo que existir basta para estar na condição de diferente, de outro. É exatamente por isso que Nietzsche (2004) alertou-nos de que todo homem está no mundo apenas uma vez, a título de *unicum*, e que nenhum acaso, mesmo o mais estranho, combinará por uma segunda vez uma multiplicidade tão bizarra. E não bastasse isso, se o sujeito é sempre e invariavelmente uma diferença em relação aos demais, esse mesmo sujeito é um outro também em relação a si próprio. É por isso que Foucault costumava dizer “eu não sou, eu estou” e bradava contra aqueles que o questionavam sobre sua identidade (filósofo? Historiador das ideias? Teórico social? Filólogo? Crítico literário?) respondendo enfaticamente: “não me pergunte quem sou e não me diga para permanecer o mesmo: é uma moral de estado civil; ela rege nossos papéis. Que ela nos deixe livres quando se trata de escrever.”

(FOUCAULT, 2008, p. 20).

Com efeito, apesar dos inúmeros avanços encabeçados pelos movimentos feminista, gay, lésbico, trans e de profissionais do sexo, ainda há um longo caminho a ser percorrido para que a inserção de tais grupos na vida social efetivamente se verifique do ponto de vista da cidadania e instrumentos legais e políticas públicas a eles relativos surjam de forma abrangente em domínios importantes e efetivos nos Estados. Há um modelo social compulsório (e estranhamente conveniente a certas estruturas de opressão) que torna o ser inteligível somente na medida em que adquire um gênero que, por sua vez, deve ser também inteligível (BUTLER, 2016). “Gêneros 'inteligíveis' são aqueles que, em certo sentido, instituem e mantêm relações de coerência e continuidade entre sexo, gênero, prática sexual e desejo.” (BUTLER, 2016, p. 43). Ao fim e ao cabo, a mulher performa a feminilidade e o homem a masculinidade em processos de subjetivação, ainda que sobremaneira inconscientes. Não surpreende, portanto, que os papéis de gênero, quando exercidos nos termos de uma ordem compulsória, tragam consequências danosas para o *self* tanto de homens quanto de mulheres, limitando as possibilidades dos sujeitos e dos corpos e impondo, muitas vezes, uma vida de sofrimento diante da necessidade do enquadramento imprescindível à aceitação social, exatamente como ocorreu com Luiza Melinho, a tal ponto de fazer com que mutilasse sua própria genitália.

Diante dessas breves considerações, não se pode negar que apesar das suas limitações fáticas – dentre as quais as mais gravosas talvez digam respeito às questões de cunho orçamentário e ao descumprimento das recomendações e decisões pelos Estados-membros – o Sistema Interamericano tem tentado agir com aquilo que está ao seu alcance, apreciando as demandas, inclusive relacionadas a direitos sexuais, em conformidade com a noção de direitos humanos e de respeito à diversidade.

Sendo assim, apesar da falta de um instrumento legislativo vinculante (ao menos assim concebido de forma unânime) destinado à tutela da sexualidade e da identidade de gênero no âmbito da OEA, o fato é que o SIDH funciona como um importante mecanismo de proteção de direitos humanos, sinalizando, com suas importantes decisões e pareceres, para uma mudança de paradigma em termos de justiça de gênero e de sexualidade no cenário internacional, cuja repercussão, assim espera-se, dar-se-á também no cenário nacional.

REFERÊNCIAS

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Tradução de Maria Helena Kühner. 11. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4275/DF**. Requerente: Procuradoria-Geral da República. Relator: Ministro Marco Aurélio. Redator do Acórdão: Ministro Edson Fachin. Brasília, 01 mar. 2019. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=15339649246&ext=.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.

- BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. Tradução de Renato Aguiar. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2016.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). Informe nº 11/16, Petição nº 362-09. Admissibilidade. **Luiza Melinho vs. Brasil**. 14 abr. 2016. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/2016/BRAD362-09ES.pdf>>. Acesso em: 28 set. 2019.
- COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CIDH). **Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos**, out./nov. 2009a. Disponível em: <<http://www.cidh.org/Basicos/Portugues/u.Regulamento.CIDH.htm>>. Acesso em: 23 out. 2017.
- CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA DO BRASIL (CFM-BR). **Resolução nº 1.482**, de 19 de setembro de 1997. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1997/1482_1997.htm>. Acesso em: 30 set. 2019.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (CORTE IDH). **Opinião Consultiva nº 24/17 (OC nº 24/17)**. 24 nov. 2017b. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf>. Acesso em: 28 set. 2019.
- LUCAS, Douglas Cesar; CENCI, Ana Righi. A identidade latino-americana como problema e a necessidade de uma proposta intercultural. In: SANTOS, André Leonardo Copetti; LUCAS, Douglas Cesar; BRAGATO, Fernanda Frizzo (Orgs.). **Pós-colonialismo, pensamento descolonial e direitos humanos na América Latina**. Santo Ângelo: FURI, 2015, p. 85-100.
- FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Tradução de Luiz Felipe Baeta Neves. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2008.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do poder**. Tradução de Roberto Machado. Rio de Janeiro: Ed. Graal, 1979.
- NIETZSCHE, Friedrich Wilhelm. **Escritos sobre educação**. Tradução de Noéli Correia de Melo Sobrinho. Rio de Janeiro: PUC-Rio; São Paulo: Loyola, 2004.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS (OEA). **Convenção Americana de Direitos Humanos**, adotada em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: 15 nov. 2016.
- PETCHESKY, Rosalind Pollack. Direitos sexuais: um novo conceito na prática política internacional. In: BARBOSA, Regina Maria; PARKER, Richard (Orgs.). **Sexualidades pelo avesso**. Rio de Janeiro: IMS/UERJ, 1999. p. 15-38.
- PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano**. São Paulo: Saraiva, 2006.
- QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.). A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais. **Perspectivas latino-americanas**. Buenos Aires, Colección Sur Sur, p.118-142, 2005. Disponível: <http://biblioteca.clacso.edu.ar/clacso/sur-sur/20100624103322/12_Quijano.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2017.
-

RAMOS, André de Carvalho. **Processo internacional de direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SCHÖPKE, Regina. **Por uma filosofia da diferença: Gilles Deleuze, o pensador nômade**. Rio de Janeiro: Contraponto, 2012.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 11. ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

TRAVASSOS, Gabriel Saad. A Opinião Consultiva nº 24/2017 da Corte Interamericana de Direitos Humanos: a identidade de gênero como núcleo componente da dignidade da pessoa humana. In: **Revista da Defensoria Pública da União (DPU)**. Brasília, n.11, jan./dez. 2018, p. 65-88. Disponível em: <<https://revistadadpu.dpu.def.br/index.php/revistadadpu/article/view/54/41>>. Acesso em: 30 set. 2019.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. O sistema interamericano no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luis Flávio; PIOVESAN, Flávia (Orgs.). **O Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos e o Direito brasileiro**. São Paulo. Ed. Revista dos Tribunais, 2000, p. 103-151.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. La historia de los derechos humanos en América Latina. In: LGUÍN; Leticia (Org.). **Educación y derechos humanos: una discusión interdisciplinaria**. São José da Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1989. p. 21-80.



FACULDADE
SANTO AGOSTINHO
MONTES CLAROS • MG