

INCLUSÃO SOCIAL:

EDUCAÇÃO, TRABALHO E DESENVOLVIMENTO: VOLUME 3

AUTORES

ORGANIZADORES

ILTON GARCIA DE SOUZA
SILVIO FERREIRA
DIOMAR FRANCISCO MAZZUTTI

COORDENADORES

FABIANA POLICIAN CIENA
ALLAN CÉSAR DE ARRUDA
TATIANA STROPPA

ALLAN CÉSAR DE ARRUDA
ANTÔNIO CARLOS FERREIRA DO AMARAL
ANTÔNIO SÉRGIO CORDEIRO PIEDADE
AUGUSTO SANTOS MOREIRA
BRUNA OLIVEIRA SOUSA KITANISH
CAMILA CRISTINA DOS SANTOS
CAMILA DA SILVA FÉLIX
CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA
CAROLINA GUERKE PORTO
CAROLINE MARTINS GARCIA
CAROLINE MARTINS GARCIA
DANIELA RAMOS MARINHO GOMES
DANIELLE REGINA BARTELLI VICENTINI
DAVI PEREIRA REMEDIO
DIEGO NASSIF DA SILVA
GABRIEL MAFFUD
GUILHERME DOMINGOS DE LUCA
HENRIQUE RIBEIRO CARDOSO
ILTON GARCIA DA COSTA
JOÃO CARLOS MEDRADO SAMPAIO
JOSÉ ANTÔNIO DA SILVA

JOSÉ ANTÔNIO REMEDIO
JOSÉ RODRIGUES SEABRA FILHO
LAÍSA FERNANDA CAMPIDELLI
LETÍCIA RIBEIRO DE SOUZA
LÍVIA KOMONO TOJEIRO
LUCAS DE GODOY PEIXOTO
LUCAS ZEITUNE DE CASTRO
LUIZ HENRIQUE NÉIA GIAVINA BIACHI
MARCOS PAULO S. B. MERHEB
MARIA APARECIDA GAGLIARDI
PAULO ROBERTO BRAGA JÚNIOR
PEDRO GONZAGA ALVES
PRISCILA ASSUNÇÃO LOPES
REYLER RODRÍGUES CHÁVES
RITA DANIELA LEITE DA SILVA
ROBERLEI ALDO QUEIROZ
ROGÉRIO CANGUSSU DANTAS CACHICHI
VALTER FOLETO SANTIN
VIVIAN GERSTLER ZALCMAN
VIVIAN GERSTLER ZALCMAN
WAGNER LIMA DA FONSECA

ORGANIZAÇÃO



COORGANIZAÇÃO



PATROCÍNIO



CO-PATROCÍNIO



APOIO



ORGANIZADORES

Ilton Garcia de Souza
Silvio Ferreira
Diomar Francisco Mazzutti

COORDENADORES

Fabiana Polician Ciena
Allan César de Arruda
Tatiana Stroppa

AUTORES

Reyler Rodrigues Chaves, Augusto Santos Moreira, Laísa Fernanda Campidelli, Lívia Komono Tojeiro, Camila da Silva Félix, Carolina Guerke Porto, Paulo Roberto Braga Júnior, Pedro Gonzaga Alves, Marcos Paulo S. B. Merheb, Wagner Lima da Fonseca, João Carlos Medrado Sampaio, Henrique Ribeiro Cardoso, Carlos Eduardo Silva e Souza, Vivian Gerstler Zalcman, Priscila Assunção Lopes, Rita Daniela Leite da Silva, Roberlei Aldo Queiroz, José Antônio Remedio, Valter Foletto Santin, Davi Pereira Remedio, José Antônio da Silva, Antônio Sérgio Cordeiro Piedade, Ilton Garcia da Costa, Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Daniela Ramos Marinho Gomes, Caroline Martins Garcia, Camila Cristina dos Santos, Danielle Regina Bartelli Vicentini, Maria Aparecida Gagliardi, Guilherme Domingos de Luca, Antônio Carlos Ferreira do Amaral, José Rodrigues Seabra Filho, Caroline Martins Garcia, Vivian Gerstler Zalcman, Letícia Ribeiro de Souza, Allan César de Arruda, Diego Nassif da Silva, Gabriel Maffud, Bruna Oliveira Sousa Kitanish, Luiz Henrique Néia Giavina Biachi, Lucas Zeitune de Castro, Lucas de Godoy Peixoto.

INCLUSÃO SOCIAL: EDUCAÇÃO, TRABALHO E DESENVOLVIMENTO: SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: VOLUME 3

1ª Edição
Bandeirantes/PR
Redige Produção Editorial 2016

2016 Ilton Garcia da Costa, Silvio Ferreira, Diomar Francisco Mazzutti,
organizadores

Direitos reservados de publicação
Redige Produção Editorial
Rua Prefeito José Mário Junqueira, n.º 149, Conj.08
Bandeirantes – PR CEP.
86.360-000

EDIÇÃO
ROGÉRIO PICCINO BRAGA

PROJETO GRÁFICO e DIAGRAMAÇÃO
SEMPREINOVE

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO NA PUBLICAÇÃO (CIP)
(CÂMARA BRASILEIRA DO LIVRO, SP, BRASIL)

Inclusão social [livro eletrônico] : educação,
trabalho e desenvolvimento : Simpósio ISO Certos
2016, volume 3 / organização Ilton Garcia da
Costa, Diomar Francisco Mazzutti, Silvio Ferreira
; coordenação Fabiana Polician Ciena,
Tatiana Stroppa, Allan Cesar de Arruda. --
1. ed. -- Bandeirantes : Redige Produção
Editorial, 2017.
1 Mb ; PDF

Vários autores.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-66668-14-8

1. Direito fundamental 2. Desenvolvimento
3. Educação 4. Inclusão social 5. Trabalho I. Costa,
Ilton Garcia da. II. Mazzutti, Diomar Francisco.
III. Ferreira, Silvio. IV. Ciena, Fabiana Polician.
V. Stroppa, Tatiana. VI. Arruda, Allan Cesar de.

Todos os direitos autorais reservados e protegidos pela Lei 9.610, de 19.2.1998. É proibida a reprodução total ou parcial, de qualquer forma ou por qualquer meio. A violação dos direitos autorais é tipificada como crime no artigo 184 do Código Penal Brasileiro (Decreto-Lei n.º 2.848, de 07 de dezembro de 1940).

Os autores se responsabilizam pelo conteúdo de seus artigos, isentando a Editora e os organizadores da obra coletiva de eventuais responsabilidades oriundas da publicação.

Impresso no Brasil
Printed in Brazil

Conselho Científico

Prof. Dr. Antonio Sergio Cordeiro Piedade - UFMT
Prof. Dr. Carlos Eduardo Silva e Souza - UFMT
Prof. Dr. Clóvis Demarchi – Univali
Prof^ª. Dr^ª. Daniella Serra Castilhos - Univ. Portucalense.
Prof. Dr. Fernando Gustavo Knoerr - Unicuritiba
Prof. Dr. Gilberto Giacoia - UENP
Prof. Dr. Henrique Ribeiro Cardoso - UFS – UNIT
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP
Prof. Dr. Ivanaldo Santos - UERN
Prof. Dr. Jaime Domingues Brito - UENP
Prof. Dr. Lino Rampazzo - UNISAL
Prof. Dr. Marcelo Antonio Theodoro - UFMT
Prof. Dr. Marcio Pugliessi - PUC - SP
Prof. Dr. Paulo Nogueira da Costa – Univ. Coimbra
Prof. Dr. Paulo Ricardo Opuzka - UFPR
Prof^ª. Dr^ª. Regina Célia Martinez - FMU - SP
Prof^ª. Dr^ª. Regina Vera Villas Boas - PUC –SP
Prof. Dr. Ricardo Rossetti - Metodista
Prof. Dr. Sébastien Kiwonghi Bizawu - Dom Helder
Prof. Dr. Valter Foleto Santin - UENP
Prof^ª. Dr^ª. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba
Prof^ª. Dr^ª. Zélia Luiza Pierdoná - Mackenzie

CONSELHO EDITORIAL

Claudio José Amaral Bahia

Doutor em Direito do Estado - PUC-SP

Mestre em Direito - ITE-Bauru

Cristina Veloso de Castro

Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália

Doutora em Direito - ITE-Bauru

Doutora em Derecho Empresarial - Universidade de Extremadura

Fabiana Polican Ciena

Doutora em Direitos Humanos - USP

Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro –
FUNDINOPI

Fernando de Brito Alves

Doutor em Direito - ITE-Bauru

Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro –
FUNDINOPI

Flávio Luis de Oliveira

Doutor em Direito – UFPR

Mestre em Direito– UFPR

Rui Carvalho Piva

Pós-Doutorado em Direito e Saúde - Universidade de Messina, Itália

Doutor em Direito - PUC-SP

Mestre em Direito – PUC-SP

Vanessa De Biassio Mazzutti

Doutoranda em Direito – Universidade de Lisboa

Mestre em Ciência Jurídica - Faculdade Estadual de Direito do Norte Pioneiro –
FUNDINOPI

SUMÁRIO

Apresentação.....	9
Prefácio.....	11
Carta de Jacarezinho.....	12
CAPÍTULO I	
ALCANCES DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN.....	15
<i>Reyler Rodríguez Cháves</i>	
CAPÍTULO II	
A EQUIDADE E OS PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM AÇÕES AFIRMATIVAS EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR: MEDIDAS PARA SUPERAR AS PERDAS HISTÓRICAS E PROPORCIONAM A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL.....	29
AUGUSTO SANTOS MOREIRA, LAÍSA FERNANDA CAMPIDELII, LÍVIA KOMONO TOJEIRO	
CAPÍTULO III	
A IMPORTÂNCIA DA CAPACITAÇÃO ADEQUADA DOS AGENTES ESCOLARES PARA A PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA.....	40
<i>Camila da Silva Felix, Carolina Guerke Porto</i>	
CAPÍTULO IV	
A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E O SEU PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO NA EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO PARANÁ.....	43
<i>Paulo Roberto Braga Júnior</i>	
CAPÍTULO V	
A INEFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DAS MULHERES PRESAS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EXECUÇÃO PENAL.....	49
<i>Pedro Gonzaga Alves</i>	
CAPÍTULO VI	
A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NA SEARA TRABALHISTA COMO INCLUSÃO DE DIREITOS AO TRABALHADOR.....	72
<i>Marcos Paulo S. B. Merheb, Wagner Lima da Fonseca</i>	
CAPÍTULO VII	
A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA NO CENÁRIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO.....	95
<i>João Carlos Medrado Sampaio, Henrique Ribeiro Cardoso</i>	
CAPÍTULO VIII	
RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO: UMA ANÁLISE A PARTIR DO CASO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO VERSUS IPANEMA.....	106

Carlos Eduardo Silva e Souza, Vivian Gerstler Zalczman, Priscila Assunção Lopes

CAPÍTULO IX

**A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO:
UMA ANÁLISE ACERCA DO DESENVOLVIMENTO ÉTICO
EMPRESARIAL.....** 120

Rita Daniela Leite da Silva, Roberlei Aldo Queiroz

CAPÍTULO X

**COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL POR SANÇÃO
CRIMINAL.....** 137

José Antônio Remedio, Valter Foletto Santin, Davi Pereira Remedio

CAPÍTULO XI

**CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO BRASIL POR ESTRANGEIRO E
FACILITAÇÃO DA MEDIDA COMO INCLUSÃO DO IMIGRANTE NO
MERCADO DE TRABALHO.....** 148

José Antônio da Silva, Valter Foletto Santin, Antônio Sérgio Cordeiro Piedade

CAPÍTULO XII

**DEZESSEIS (16) ANOS DA CARTA DE BOLONHA E OS MECANISMOS
JURÍDICOS BRASILEIROS DE ESTÍMULO À
MICROEMPRESA.....** 159

Daniela Ramos Marinho Gomes, Caroline Martins Garcia, Camila Cristina dos Santos

CAPÍTULO XIII

**DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UM
NOVO OLHAR SOBRE A DIVERSIDADE
HUMANA.....** 170

Danielle Regina Bartelli Vicentini, Maria Aparecida Gagliardi, Ilton Garcia da Costa

CAPÍTULO XIV

**FLEXIBILIZAÇÃO E DEPRESSÃO ECONÔMICA: AS TRANSFORMAÇÕES
NA SOCIEDADE E O IMPACTO NO DIREITO DO
TRABALHO.....** 187

Guilherme Domingos de Luca, Antônio Carlos Ferreira do Amaral

CAPÍTULO XV

**INTRODUÇÃO À MORFOSSINTAXE DO LATIM PARA ESTUDANTES E
OPERADORES DO DIREITO.....** 210

José Rodrigues Seabra Filho, Rogério Cangussu Dantas Cachichi

CAPÍTULO XVI

**MECANISMOS JURÍDICOS DE CONTENÇÃO DO DUMPING COMO FORMA
DE PRESERVAÇÃO DO MERCADO DOMÉSTICO
BRASILEIRO.....** 218

Daniela Ramos Marinho Gomez, Caroline Martins Garcia, Camila Cristina dos Santos

CAPÍTULO XVII

O GREENING DO CONTRATO DE TRABALHO E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS NO MEIO AMBIENTE LABORAL..... 232

Carlos Eduardo Silva e Souza, Vivian Gerstler Zalcman, Priscila Assunção Lopes

CAPÍTULO XVIII

O TRABALHO ANÁLOGO À CONDIÇÃO DE ESCRAVO E A SOCIEDADE MODERNA..... 250

Letícia Ribeiro de Souza, Allan César de Arruda

CAPÍTULO XIX

PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL..... 258

Diego Nassif da Silva, Gabriel Maffud

CAPÍTULO XX

REFLEXÕES ACERCA DO PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO ENFRENTAMENTO DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA..... 262

Bruna Oliveira Souza Kitanish

CAPÍTULO XXI

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO EM OFERECER VAGAS ÀS CRIANÇAS EM CRECHES NA REDE PÚBLICA DE ENSINO..... 279

Ilton Garcia da Costa, Luiz Henrique Néia Giavina Bianchhi

CAPÍTULO XXII

USO DE APARELHO CELULAR NO AMBIENTE DE TRABALHO..... 296

Lucas de Godoy Peixoto, Allan César de Arruda

CAPÍTULO XXIII

REINSERÇÃO SOCIAL DOS PRESOS E EGRESSOS POR MEIO DO TRABALHO: COTAS SOCIAIS COMO GARANTIA DE INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO..... 310

Lucas Zeitude de Castro

APRESENTAÇÃO

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

Depois de muitas reuniões no Grupo de pesquisa GPCERTOS e da interlocução interinstitucional com várias entidades, veio ao lume o *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, tendo se realizado na Faculdade de Direito da UENP (dias 28 e 29 de julho) e na sede da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho (dia 30 de julho). O livro a que o leitor ora tem acesso é fruto desses intensos dias de muito trabalho acadêmico, nos quais tivemos aproximadamente 600 pessoas circulando pelo evento.

No primeiro dia do Simpósio, tivemos a belíssima demonstração de robótica, organizada por alunos do Instituto Federal do Paraná, sob a coordenação do prof. Douglas Alexandre Rodrigues. Os presentes puderam desfrutar, outrossim, da sublime apresentação musical do professor Nathan Barros Osipe. Mas não foi só. Didáticas e instigantes palestras de abertura foram levadas a efeito por intermédio dos palestrantes Dr. David José de Oliveira e Dr. Mário Sueki Sonomura, ambos da Receita Federal do Brasil. Foram tratados importantes tópicos sobre a destinação de imposto de renda de pessoas físicas e jurídicas para finalidades assistenciais. As palestras despertaram muito interesse no público, que direcionaram muitas indagações aos conferencistas sobre temas práticos e atuais.

No segundo dia, contamos com 29 voluntários trabalharam arduamente na organização das mesas redondas simultâneas com 35 pessoas compartilhando conhecimentos na condição de palestrantes e debatedores. Com mais de uma centena de trabalhos submetidos, a maioria dos quais apresentados pelos autores, a propiciar plenamente o diálogo acadêmico acerca dos mais agudos problemas sociais, levando a sério a ideia de que não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

No último dia, além da participação especial do Juiz peruano Dr. Reyler Rodríguez Chávez, que nos legou belíssimo vídeo de saudação aos participantes do Iso Certos 2016, ainda os irmãos Ana Beatriz e André Luiz Leite fizeram belíssima apresentação musical aos presentes. Tivemos também célebre mesa redonda permeada por considerações relevantíssimas sobre a APAC como alternativa factível ao problema carcerário, sobretudo diante da APAC/JACAREZINHO já constituída na cidade sob a liderança do emérito Juiz de Direito Dr. Renato Garcia.

Digno de nota a título de um dos resultados concretos do evento foi a elaboração da "Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social", que se encontra publicada nesse volume, documento esse que no dia 8/8/2016 recebeu por aprovação unânime na Câmara Municipal de Jacarezinho a Moção de Apoio 1/2016, proposta pelo Vereador Valdir Pereira Maldonado. Aludida Carta, como bem se lê da Moção referida, constituiu um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade

mobilizem-se em prol da inclusão social. Muitas temáticas foram tratadas, todas de fundamental importância: inclusão da vítima, do egresso do sistema carcerário, bem como da proteção da dignidade do preso; inclusão do idoso, da criança e do adolescente; inclusão da pessoa com deficiência; inclusão da pessoa em situação de pobreza extrema e à margem da proteção trabalhista; inclusão do negro, dos índios e quilombolas; inclusão da mulher e das pessoas homoafetivas; e inclusão dos refugiados. Todos os sete itens da Carta foram discutidos e aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia 30, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da OAB, Dr. Jaziel Godinho de Moraes. É importante no ponto que todos divulguem ao máximo esse relevante documento, a fim de que ele se espraie no tecido social sua força inclusiva, a lançar por diferentes lados e vieses um movimento social concretizador da inclusão na nossa e em todas as sociedades contemporâneas.

Por derradeiro, merece toda nossa admiração e nosso agradecimento pelo apoio a Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, a Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e a Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati, sem os quais nada seria possível. Da mesma forma, é de registrar nossa gratidão à OAB/Subseção de Jacarezinho, bem como o reconhecimento imperioso do apoio da Diocese de Jacarezinho e do Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA; e, por fim, àqueles que patrocinaram o evento, em especial à Fundação Araucária, à Companhia Paranaense de Energia-Copel, ao Sebrae, à Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e à Caixa Econômica Federal.

À editora Redige, na pessoa do editor Prof. Dr. Rogerio Piccino Braga, fica o registro de nossa especial homenagem pelo esmero notável na publicação desse valioso material.

Cabe-nos, de em diante, persistir na senda da inclusão social. Apenas assim teremos uma sociedade mais justa, inclusiva e pacificadora.

Muito obrigado a todos e boa leitura!

Dr. Ilton Garcia da Costa, professor doutor da UENP, líder GP CERTOS, Coordenador Geral do Simpósio Iso Certos 2016

Dr. Jaziel Godinho de Moraes, Presidente da OAB/Subseção Jacarezinho
Dr. Rogério Cangussu Dantas Cachichi, Juiz Federal/Subseção Jacarezinho

Prefácio

O Simpósio ISO CERTOS 2016: Inclusão social nas fissuras do sistema, sociedade e integração, foi um evento promovido pelo GP CERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações do Trabalho e Organizações Sociais, da Faculdade de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), sob a liderança do professor Doutor Ilton Garcia Costa, e que teve como principal enfoque a discussão sobre a inclusão social.

O tema sobre inclusão social encontra-se cotidianamente na pauta nacional e internacional, sendo necessário, cada vez mais discussões, debates e pesquisas sobre o assunto, a fim de que surjam novas ideias como meio de eliminar a desigualdade social, seja esta decorrente de ordem econômica, ou de elementos étnicos, religiosos, de saúde, ou ainda sobre o idoso, a criança e o adolescente ou de gênero, por exemplo.

Os artigos apresentados no evento, e que fazem parte do presente livro, teve o objetivo demonstrar as pesquisas realizadas por professores, alunos e profissionais não apenas da Ciência Jurídica, mas também da psicologia, economia, filosofia, etc., o que demonstra a união de diversas áreas do conhecimento obstinadas a promover a inclusão social.

Ao longo do livro, encontra-se, por exemplo, artigos envoltos em questões diversas, sempre com tema central, o estudo sobre a inclusão social como fundamento necessário.

A quantidade de artigos apresentados sobre a inclusão social demonstra o quão interessante e abrangente é o tema, bem como a preocupação crescente no meio acadêmico.

Acredito que as reflexões realizadas e descritas neste livro contribuirão para toda a sociedade, tão carente de iniciativas, como as do Simpósio ISO CERTOS 2016, pois, afinal, somente uma sociedade inclusiva poderá concretizar os objetivos da República Federativa do Brasil, como a erradicação da pobreza, a redução das desigualdades sociais, bem como a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Prof. Marcos Paulo Merheb
Coordenador do Curso de Direito da Faculdade Cristo Rei (FACCRI)

SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016: INCLUSÃO SOCIAL, NAS FISSURAS DO SISTEMA, SOCIEDADE E INTEGRAÇÃO

NOTA DE ESCLARECIMENTO SOBRE A CARTA DE JACAREZINHO PELA INCLUSÃO SOCIAL

Não é a academia pela academia, mas a academia para a comunidade, a academia para a sociedade.

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa

O *Simpósio Iso Certos 2016: Inclusão Social, nas fissuras do sistema, sociedade e integração*, concretizou-se em Jacarezinho entre os dias 28 a 30 de julho, sob a Coordenação-Geral do prof. Dr. Ilton Garcia da Costa e organizado pela Universidade Estadual do Norte do Paraná-UENP/Grupo de Pesquisa GP CERTOS, pela Universidade Norte do Paraná-Unopar/Bandeirantes e pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti-Feati em colaboração com outras entidades como OAB/Subseção de Jacarezinho, Diocese de Jacarezinho e Instituto Paranaense de Direito Administrativo-IPDA, bem como do patrocínio da Fundação Araucária, da Companhia Paranaense de Energia-Copel, da Editora Redige, do Sebrae, da Faculdade de Presidente Epitácio-Fape e da Caixa Econômica Federal.

A *Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social* constitui um ato concreto, um compromisso, um chamado, uma convocação para que todos da sociedade mobilizem-se em prol da inclusão social. Não representando a opinião particular de nenhuma instituição apoiadora do evento, todos os sete itens da Carta foram discutidos e democraticamente aprovados nos grupos de trabalho do Simpósio no dia 29 e/ou na Plenária realizada na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção de Jacarezinho no dia subsequente, onde, ao término do evento, o texto final da Carta foi proclamado solenemente pelo Presidente da Subseção da Ordem dos Advogados do Brasil/Subseção Jacarezinho, Dr. Jaziel Godinho de Moraes.

Carta de Jacarezinho pela Inclusão Social

Os participantes do SIMPÓSIO ISO CERTOS 2016, reunidos na cidade de Jacarezinho, Paraná, Brasil, de 28 a 30 de julho de 2016, na Universidade Estadual Norte do Paraná e na Sede da Ordem dos Advogados do Brasil -

*Subseção de Jacarezinho, assumindo o dever de contribuir para inclusão social à guisa de especial obrigação de todos que pretendem conviver em democracia; reafirmando os ditames constitucionais para construção de uma sociedade livre, justa e solidária, para erradicação da pobreza e da marginalização; considerando a fraternidade e a misericórdia especiais instrumentos para superação da intolerância e dos conflitos contemporâneos; tomando em conta que há de estar presente na agenda de compromissos assumidos pelo Estado brasileiro a redução das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e de quaisquer outras formas de discriminação; assumindo que a exclusão social é fator dificultador da paz e do bem-estar social; reconhecendo a existência do direito fundamental à inclusão social; tendo em mente que, fazendo parte da única família humana, constitui substrato mínimo a qualquer forma de organização social legítima o respeito pela diferença; **CONCLAMAM** todos a concretizar com coragem, divulgar com amor e estimular com firmeza as seguintes ações e boas práticas para justiça e inclusão social:*

- 1. Apoiar práticas que abram espaço às vítimas de delitos para se expressar quanto às suas necessidades em vista da completa reparação do dano causado, inclusive quanto à confiança e integridade psíquico-emocional. Sobremais, disseminar práticas sociais contrárias àquelas estigmatizantes dos egressos do sistema carcerário, a fim de que possam eles (re)integrar-se à sociedade. Da mesma forma, apoiar iniciativas que promovam o diálogo sobre o acesso à justiça criminal e a ressocialização dos presos por intermédio de métodos alternativos de solução de conflitos e ao sistema carcerário tradicional, respectivamente.*
- 2. Reafirmar a importância social da proteção especial do idoso, da criança e do adolescente na condição de elo de ligação atual entre passado e futuro da sociedade, tratando com urgência e prioridade as demandas sociais que lhes digam respeito.*
- 3. Admitir que não só a eliminação de barreiras arquitetônicas em logradouros, prédios e veículos de transporte coletivo, mas também o estabelecimento de políticas públicas de cotas para ingresso em cargos e empregos públicos, assistenciais e de incentivos fiscais constituem mecanismos de acessibilidade e inclusão social das pessoas com deficiência, atribuindo-lhes o equânime tratamento para garantir igualdade de oportunidades.*
- 4. Apoiar melhor distribuição de riqueza em nosso País, notadamente em favor daqueles que vivem em situação de pobreza extrema. Apoiar a redução de tributos incidentes sobre a relação de trabalho como forma de estimular a criação de empregos sob proteção das leis trabalhistas, representativas de conquistas marcantes no processo de evolução social, econômica e jurídica do Brasil.*

5. *Apoiar políticas públicas lastreadas em ações afirmativas no combate à discriminação e na redução das desigualdades sociais em prejuízo das minorias como negros, índios e quilombolas, estimulando a preservação de culturas, tradições e crenças de todos os povos.*
6. *Promover, divulgar e apoiar práticas de inclusão da mulher e da pessoa homoafetiva com a finalidade de concretizar o princípio da igualdade e dignidade da pessoa humana, ambos amplamente garantidos pelo Estado de Direito Democrático Constitucional, propiciando maximizar o reconhecimento social e estatal dessas garantias, evitando as desigualdades reversas de gênero e permitindo a compreensão definitiva do humanismo do outro por toda a sociedade.*
7. *Reconhecer o caráter humanitário e social do problema dos refugiados no mundo, zelando para a devida inclusão destes nos países de asilo sem que tal inclusão implique violação ou diminuição de costumes, crenças e tradições que lhes sejam próprios. Repudiar ações de outros países tendentes à expulsão por motivo de raça, crença, nacionalidade, grupo social a que pertence ou opiniões políticas.*

CAPÍTULO I

ALCANCES DEL PROGRAMA DE PREVENCIÓN “JUSTICIA, PAZ Y SEGURIDAD”

Reyler Rodríguez Chávez ¹

“Hacia un cambio positivo de la justicia tradicional, con el impulso y puesta en práctica de los fundamentos de la Justicia Restaurativa”²

SUMARIO

1. ORIGEN DEL PROGRAMA. - 2. EL PROGRAMA COMO REGLA DE CONDUCTA EN SENTENCIAS CON RESERVA DE FALLO CONDENATORIO. - 3. OBJETIVOS DEL PROGRAMA. - 3.1 Objetivo General, 3.2. Objetivos Específicos. - 4. ESTRUCTURA DEL PROGRAMA. - 4.1 Proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas, 4.1.1 *Etapa de capacitación*, 4.1.2. *Etapa de sensibilización*, 4.2.3 *Etapa del perdón*. - 4.2 Proceso restaurativo para la falta de hurto simple. - 4.2.1. *Etapa capacitación*, 4.2.2. *Etapa de reflexión*, 4.2.3 *Etapa de autoayuda y prevención colectiva*, 5. BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA, 5.1 Beneficiados directos, 5.1.1 *Infractores*, 5.1.2. *Víctimas*. 5.2. Beneficiados indirectos. -6. NATURALEZA INNOVATIVA DEL PROGRAMA. -7. LUGAR DONDE HA EJECUTADO EL PROGRAMA. 8-. INSTITUCIONES PARTICIPANTES Y EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO. - 9. MONITOREO DE RESULTADOS Y LOGROS ALCANZADOS. -10. BAJO COSTO Y GRANDES BENEFICIOS DEL PROGRAMA. -11. IMPLEMENTACION Y DIFUSION. -

RESUMEN

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” permite reforzar el sistema judicial que ha culminado con una sentencia con reserva de fallo condenatorio, mediante charlas, talleres y terapias que permiten educar y sensibilizar al sentenciado, con el objetivo de que éste tome conciencia de su infracción y repare los daños causados a la víctima, quien también es invitada a participar. La finalidad es además, detener la comisión de nuevas faltas, prevenir su comisión y evitar en el futuro la comisión de delitos más graves. En estas sentencias se dispone como regla de conducta, el deber del sentenciado de participar del programa. El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” busca convertir al sentenciado en el actor principal de un cambio positivo,

¹Magister en Derecho de la Empresa por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de la Academia de la Magistratura. Fundador de la Academia Mundial de Justicia Restaurativa. Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado Especializado en Tránsito y Seguridad Vial de Lima Norte.

² El autor, diseñó y aplicó el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, cuando desempeñaba funciones como Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, durante el periodo julio/2011 a marzo/2014. Actualmente desempeña funciones como Juez Titular del Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial de Lima Norte, donde viene aplicando el Programa de Prevención de Accidentes de Tránsito “Vidas, Salvando Vidas”.

para que sea el propio sentenciado quien difunda el mensaje y la conversión a su entorno familiar y social. Se incide en reparar los daños ocasionados con la colaboración del responsable, concientizándolo de que no solo es el causante del problema, sino principalmente, que es la pieza clave de la solución.

1. ORIGEN DEL PROGRAMA

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, nace como una alternativa del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Sede Comisaría, Turno B, para reforzar la prevención y hacer frente el incremento constante de faltas -lesiones dolosas y hurto principalmente- en el Distrito de Independencia³. Pues se pudo constatar que ambas faltas, desde el año 2010 representaban más del 88% del total de procesos judiciales por falta que se tramitan en este órgano jurisdiccional, existiendo en cada año un índice de permanencia constante de más del 62% en la falta de lesiones dolosas, y un índice de crecimiento de más del 30% por año, en caso de la falta de hurto simple.

Esta realidad nos permitió concluir que el marco regulatorio de las faltas no es eficiente para reparar los daños a la víctima, evitar la comisión de faltas y detener su incremento. Tampoco es eficiente para impedir la reincidencia o la comisión de hechos más graves como delitos o crímenes. Frente a ello, se consideró necesario innovar un programa, enfatizando en la prevención y la Justicia Restaurativa.

La esencia del Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” radica en considerar que no solo se debe buscar la aplicación de una sanción al responsable y abandonarlo a su suerte, como ocurre actualmente, sino que se debe buscar la verdadera recomposición del conflicto generado por la comisión de la falta, concientizando y sensibilizando al infractor, y brindando tutela oportuna y garantizando la reparación de los daños a la víctima. El Programa brinda atención al infractor, a quien se brinda educación, sensibilización y una nueva mentalidad para motivar un cambio de actitud positiva, emprendimiento, respeto a los derechos y deberes, impulsando así su bienestar personal y familiar.

El concepto del Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” es que una persona enferma (víctima e infractor) no puede ser privada de atención, pues ello agravaría su condición. Se debe dotarla de una vacuna, antídoto o esperanza; esto es, el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”. A partir de allí se busca garantizar los derechos de la víctima a ser efectiva y oportunamente reparada por los daños sufridos.

2. EL PROGRAMA COMO REGLA DE CONDUCTA EN SENTENCIAS CON RESERVA DE FALLO CONDENATORIO

³ El Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, mediante Resolución N° 026-2014-CE-PJ, del Consejo Ejecutivo del Poder Judicial, fue convertido a partir del 01 de marzo del 2014, en Juzgado de Paz Letrado de Tránsito y Seguridad Vial del mismo Distrito Judicial.

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* es incorporado como regla de conducta en las sentencias con reserva de fallo condenatorio, que han sido dictadas en un proceso de faltas. De esta manera, el Programa permite la inédita concatenación del proceso judicial de faltas seguido bajo los cánones del sistema retributivo, con un proceso de naturaleza restaurativa. De este modo, los resultados logrados en el primer proceso son reforzados con los preceptos de la Justicia Restaurativa.

El artículo 62° del Código Penal permite al Juez que, no obstante habiéndose acreditado la responsabilidad penal del infractor, pueda reservar el fallo condenatorio durante un periodo de prueba determinado, cuando apreciando las circunstancias individuales del infractor al momento de la expedición de la sentencia, se pueda pronosticar motivadamente que no cometerá una nueva falta. Este dispositivo establece tres casos en los que se aplica la reserva de fallo condenatorio:

- a) Cuando el delito está sancionado con pena privativa de libertad no mayor de tres años o con multa;
- b) Cuando la pena a imponerse no supere las noventa jornadas de prestación de servicios a la comunidad o de limitación de días libres;
- c) Cuando la pena a imponerse no supere los dos años de rehabilitación.

Mediante la reserva de fallo condenatorio el Juez se abstiene de dictar la parte resolutive de la sentencia, aplicando en su lugar medidas alternativas y menos gravosas para el infractor, como las reglas de conducta.

El artículo 64° del Código Penal, modificado por la Ley N° 30076, establece las reglas de conducta que se aplican cuando se haya dispuesto la reserva del fallo condenatorio, siendo las siguientes:

- 1) Prohibición de frecuentar determinados lugares;
- 2) Prohibición de ausentarse del lugar donde reside sin autorización del Juez;
- 3) Comparecer mensualmente al juzgado, personal y obligatoriamente, para informar y justificar sus actividades;
- 4) Reparar los daños ocasionados por el delito o cumplir con su pago fraccionado, salvo cuando se demuestre que esté imposibilitado de hacerlo;
- 5) Prohibición de poseer objetos susceptibles de facilitar la realización de otro delito;
- 6) Obligación de someterse a un tratamiento de desintoxicación de drogas o alcohol;
- 7) Obligación de seguir tratamiento o programas laborales o educativos, organizados por la autoridad de ejecución penal o institución competente; o,
- 8) Los demás deberes adecuados a la rehabilitación social del agente, siempre que no atenten contra la dignidad del condenado.

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* precisamente se incorpora como regla de conducta que debe cumplir el infractor durante el periodo de prueba, el mismo que tiene una duración mínima de un año.

3. OBJETIVOS DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* ha sido diseñado para alcanzar determinados objetivos que están dirigidos a recomponer el conflicto y los daños

causados por la falta o el delito, y con ello, fortalecer la administración de justicia en este tipo de procesos. En este sentido, se ha establecido un objetivo general y varios objetivos específicos para alcanzar la plena efectividad del Programa.

3.1 Objetivo General:

Implementar y desarrollar el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* a través de sentencias con reserva de fallo condenatorio, en Juzgados de Paz, Juzgados de Paz Letrado, y Juzgados Especializados o Mixtos, como medio efectivo de prevención en materia de faltas y delitos, que permita alcanzar la solución integral del conflicto, priorizando la reparación del daño causado a la víctima, en base a la educación y sensibilización de infractores y víctimas.

3.2 Objetivos Específicos:

- a) Organizar un equipo humano de carácter multidisciplinario encargado de ejecutar el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, debiendo estar conformado por el personal de los Juzgados, magistrados, psicólogos y educadores de las Cortes Superiores de Justicia del país, por representantes de la Policía Nacional del Perú, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública, e instituciones involucradas en el tema de la prevención.
- b) Establecer mecanismos adecuados para promover la participación activa de los infractores y víctimas en las distintas etapas y tipos de procesos que comprende el Programa, garantizando en todo momento sus derechos humanos.
- c) Desarrollar dentro del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, un proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas, que comprende básicamente tres etapas: una de carácter educativa, una de carácter psicológico, y la fase del perdón entre víctimas e infractores.
- d) Desarrollar dentro del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, un proceso restaurativo para la falta de hurto simple, que contempla tres etapas: una de carácter educativa, una etapa de sensibilización y una de autoayuda y prevención colectiva.
- e) Impulsar la aplicación y réplica del *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, en todos los Juzgados de Paz, Juzgados de Paz Letrado, Juzgados Especializados o Mixtos, y órganos jurisdiccionales del Poder Judicial Peruano donde pueda resultar aplicable, con las modificaciones que cada caso particular amerite.
- f) Difundir el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, a través del Poder Judicial y diversas instituciones públicas y privadas, en el país y el extranjero, como mecanismo efectivo en la prevención de conductas ilícitas.

4. ESTRUCTURA DEL PROGRAMA

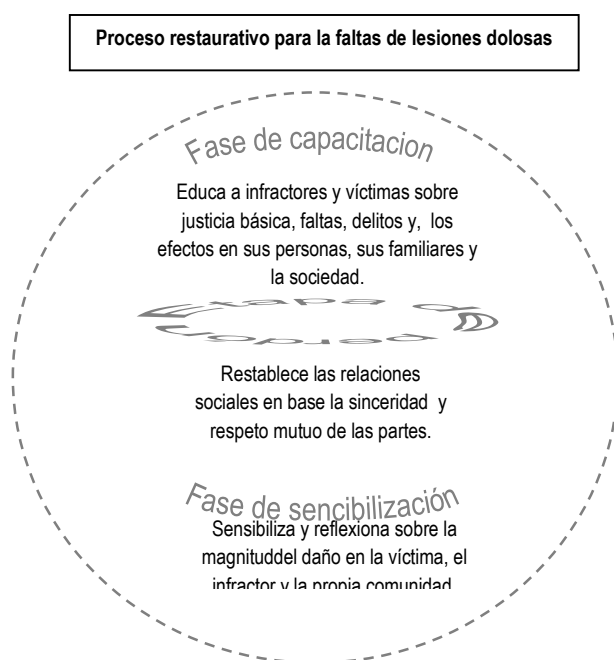
El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* ha sido cuidadosamente diseñado a fin de cumplir con los objetivos trazados y desarrollar los fundamentos de la

Justicia Restaurativa. En este caso, el programa se ha estructurado atendiendo a la realidad de un determinado Juzgado (el Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Sede Comisaría), donde la mayor cantidad de conflictos corresponden a las faltas de lesiones dolosas y hurto simple.

De esta manera, el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, está conformado por dos procesos restaurativos, uno para lesiones dolosas y otro para hurto simple. En ambos casos el programa desarrolla dos elementos fundamentales: a) la capacitación de infractores y víctimas a través de la educación y, b) la concientización y sensibilización de las partes a través de terapias, charlas y talleres psicológicos.

4.1 Proceso restaurativo para la falta de lesiones dolosas

En el caso de la falta de lesiones dolosas, el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* desarrolla un proceso restaurativo que tiene tres etapas: etapa de capacitación, etapa de sensibilización y etapa del perdón.



4.1.1 Etapa de capacitación

Esta primera fase del programa busca educar y capacitar al infractor acerca de las consecuencias de su conducta y sus efectos personales, familiares y sociales. Muchos infractores no son plenamente conscientes de las repercusiones de sus acciones, siendo el programa el medio ideal para la enseñanza y la reflexión en torno a la conducta ilícita, la violencia física y psicológica.

La tarea educativa también alcanza a las víctimas, las que conjuntamente con los infractores conocen de cerca temas de justicia básica, faltas y delitos, violencia doméstica y de cómo su participación será de vital ayuda en la prevención social y la seguridad ciudadana.

Esta etapa se desarrolla por medio de charlas con la participación de un pequeño grupo de infractores y víctimas. La necesidad de un número limitado (que no superen las 12 personas) radica en la necesidad de entablar un diálogo accesible y directo, de discusión e intercambio mutuo de conocimientos y experiencias que ayuden en el objetivo educativo. Las charlas se realizan en el Juzgado y están a cargo de capacitadores y especialistas en el tema, como jueces, abogados, educadores, policías, especialistas en temas de seguridad y prevención y profesionales de instituciones vinculadas a la administración de justicia.

4.1.2 Etapa de sensibilización

La segunda fase es del proceso restaurativo diseñado para la falta de lesiones dolosas, es de carácter psicológico y su finalidad es sensibilizar y concientizar al infractor, mostrándole mediante talleres, terapias y dinámicas especialmente diseñadas, las consecuencias de sus acciones, desde el punto de vista legal, los daños materiales y físicos, y, principalmente las repercusiones emocionales y psicológicas en él y especialmente en la víctima.

Esta etapa busca apelar al lado humano y sensible del infractor, haciéndole ver toda la magnitud del daño que ha ocasionado e informándole del sufrimiento que la víctima ha padecido por su causa. En muchos casos víctima e infractor, se hallan frente a frente y tienen la oportunidad de escucharse mutuamente, generándose mayor sensibilidad en las partes. La participación de la víctima también es importante, pues el programa permite fatigar su sufrimiento brindando un espacio adecuado de tutela y acompañamiento, constituyendo un medio para el logro de la justicia deseada por las víctimas.

4.1.3 Etapa del perdón

En este periodo, las partes se han encontrado consigo mismas, han hablado y reflexionado sobre el conflicto, han identificado las causas y dialogado sobre ellas. El infractor ha reconocido su responsabilidad y está predispuesto a reparar los daños.

La víctima, ha sido reconocida como tal, y tiene ánimos de ser reparada, no sólo porque sea una obligación del infractor, sino porque ha podido observar un real arrepentimiento y solidaridad con su situación.

El perdón es el momento culminante y deseado de este proceso restaurativo, y tiene lugar cuando víctima e infractor deciden, leal y conscientemente, dar por finalizado y olvidar el conflicto para emprender una nueva relación de respeto mutuo.

Este resultado, cuando se funda en la sinceridad de las partes, es el grado máximo de restauración que puede lograr el *Programa de Prevención "Justicia, Paz y Seguridad"*.



4.2 Proceso restaurativo para la falta de hurto simple

En el caso de la falta de hurto simple el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”* desarrolla un proceso restaurativo que también tiene tres etapas: etapa de capacitación, etapa de reflexión y etapa de autoayuda y prevención colectiva.

4.2.1 Etapa capacitación

Durante esta fase se busca educar y capacitar al infractor acerca de las consecuencias jurídicas, personales, familiares y sociales de su conducta, así como los efectos que ésta podría acarrear en el futuro, de persistir en su comportamiento negativo. Se desarrolla a través de charlas conducidas por magistrados, defensores públicos, personal del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) y de la Policía Nacional del Perú, entre otros profesionales. Aquí, los responsables tienen la oportunidad de analizar su conducta, dialogar sobre ella y narrar a detalle los hechos y el motivo que los llevo a cometer la falta. También se admite la participación de las víctimas en esta etapa, lo cual fortalece la transparencia y la prevención social.

El programa centra su atención en lograr que las partes, y en especial al infractor, tengan la más exacta comprensión de los motivos por los cuales sus acciones ilícitas están proscritas socialmente. Y entiendan que ellos, son parte trascendental del proceso regenerativo del mal causado a la víctima y al entorno social afectado.

4.2.2 Etapa de reflexión

Durante esta fase se busca que los infractores recapaciten sobre la conducta ilícita, compartan dudas y cuestionamientos, y luego expresen sus experiencias en el programa y sus expectativas futuras. Esto ayuda a concientizar y sensibilizar a los infractores sobre el daño causado y sobre las consecuencias que éste ha generado en sus personas, en las víctimas y la sociedad en general.

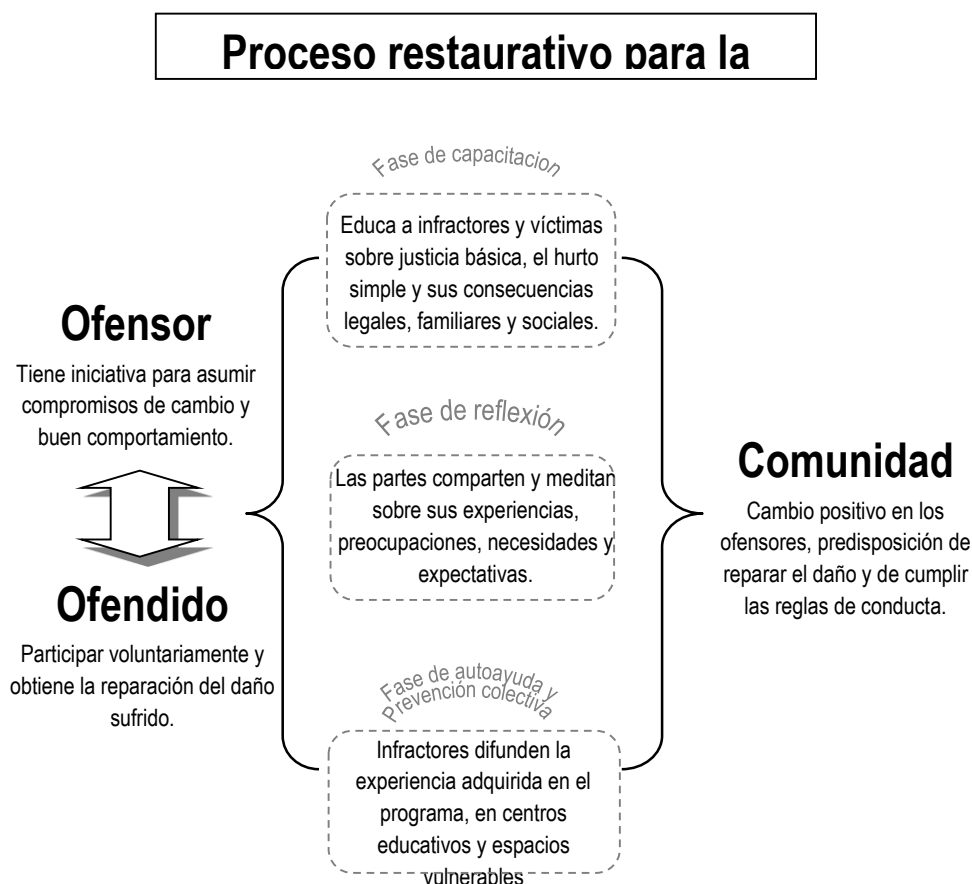
Esta fase es esencial, pues es aquí donde se busca conmovir al infractor frente al daño que causó a la víctima, para que tenga la iniciativa suficiente y asuma su responsabilidad y el compromiso de reparación. Luego, cuidando la espontaneidad y libertad, se busca que el infractor exprese por escrito, sus sentimientos y experiencias luego de conocer la ilicitud de su conducta y el daño que causó, si está arrepentido o no, y si tiene predisposición para un cambio positivo de actitud.

4.2.3 Etapa de autoayuda y prevención colectiva

Esta etapa está dirigida a reforzar las dos fases anteriores. Lo aprendido y reflexionado por el infractor le permitirá que tener un panorama claro de la experiencia en que se ha visto involucrado y, con esta base, se convierte en el sujeto más llamado a compartir sus vivencias con el resto de la sociedad. Se trata de una tarea de concientización colectiva y auto reflexión donde los protagonistas y titulares del mensaje a difundir son los propios infractores.

En esta tercera fase los participantes del programa exponen sus experiencias en el programa, en centros de educativos, institutos, universidades y espacios sociales vulnerables, con fines netamente preventivos. Pues no hay mejor impacto social que escuchar un mensaje personal, basado en la experiencia del infractor.

De esta manera, los infractores no sólo han sido parte de todo un proceso restaurativo que ha ayudado en su rehabilitación, sino que ésta se refuerza y alcanza una connotación colectiva al ser difundida en diversos entornos sociales.



5. BENEFICIARIOS DEL PROGRAMA

5.1 Beneficiados directos

5.1.1 Infractores

Los actores principales del Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad” son los sentenciados a quienes se les brinda charlas, talleres y terapias, con fines capacitación y sensibilización.

El principio que prima durante todo el programa es el trato humano y el respecto de los derechos de las partes. De esta manera se genera confianza e iniciativa en los infractores para tengan un mayor desenvolvimiento y protagonismo. El programa restituye y fortalece la dignidad de los infractores como seres humanos.

5.1.2 Víctimas

Las víctimas que han padecido el daño, participan voluntariamente. Unas veces por propia iniciativa y otras por invitación de los mismos infractores. Su presencia en el programa es sumamente relevante desde que el intercambio de experiencias y la mutua discusión con los infractores pueden llevarnos a un resultado realmente satisfactorio y restaurador.

Además, su participación ayuda en su propia recuperación de los daños y estragos que la falta ha ocasionado en su vida, su familia y entorno social, recuperando la seguridad y la sensación de protección. Externamente, las víctimas se convierten en elementos de difusión social de la experiencia positiva vivida en el programa ayudando en la prevención de nuevos conflictos.

El programa tiene sumo cuidado en evitar la doble victimización. Es decir que la víctima no sólo padezca los daños derivados de la falta, sino el maltrato ocasionado por el sistema judicial. Desde esta perspectiva el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, cumple un rol complementario necesario para la restauración de la víctima y su recuperación física y moral, evitando cualquier tipo de agravio.

5.2 Beneficiados indirectos:

Los efectos del programa impactan positivamente en la familia y el entorno social cercano a los infractores y víctimas. No olvidemos que detrás de cada una de las partes están sus hijos, esposas y esposos, madres y padres, hermanos y hermanas, amigos y vecindario, que están interesados en el resultado del proceso judicial y el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”.

Al igual que la víctima y el infractor, su familia y amigos, han sido parte de sus preocupaciones y temores, durante el proceso judicial y el proceso restaurativo, ellos

han brindado soporte y acompañamiento, y ahora; serán parte de su recuperación y de la difusión del mensaje positivo que el programa ha logrado en las partes.

También son beneficiarios indirectos las instituciones públicas que tienen que accionar frente ante falta o delito, como el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú, Defensoría Pública, Instituto Nacional Penitenciario, entre otras entidades, que tienen que gastar una serie de recursos humanos, materiales y económicos, y disponer de tiempo y esfuerzo para hacer frente a una falta o delito. Estos gastos podrán evitarse mediante este programa capaz de reducir y evitar nuevos delitos y faltas de una manera efectiva.

Finalmente la comunidad en general también se verá beneficiada por el programa, porque se reducirá los hechos ilícitos que agraven a más ciudadanos, porque los infractores al reintegrarse a la sociedad serán personas más educadas y conscientes, porque las víctimas se sienten recuperadas de los daños y, porque finalmente se refuerza en la sociedad la sensación de justicia, paz y seguridad en la sociedad.

6. NATURALEZA INNOVATIVA DEL PROGRAMA

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, es único en el Perú, porque permite una perfecta y necesaria concatenación entre el sistema judicial caracterizado por buscar una sanción al responsable y los fundamentos de la justicia restaurativa, aplicando mecanismos efectivos para reparar los daños ocasionados por el responsable, educándolo, capacitándolo, generando conciencia en él y sensibilizándolo, con la finalidad de prevenir conductas ilícitas similares o más graves, evitando que afecten a las personas y a la sociedad.

De esta manera, el efecto del programa no solo es directo e inmediato, es decir dirigido al mismo infractor y a la víctima, sino también indirecto, pues se busca que el mensaje del programa se difunda a través de los participantes en sus núcleos familiares, en su entorno social y la comunidad en general.

El programa considera que la justicia tradicional algunas veces deshumaniza a las personas, por el uso de procedimientos mecánicos y repetitivos. Un procesado y un sentenciado, se convierten en un número más en la estadística de delitos. Pero el Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, reconoce que el infractor y la víctima merecen un trato justo y respetuoso.

Las personas cuando reciben un trato humano, son más susceptibles a reconocer sus errores y rectificarlos, con el apoyo de una institución que les ofrece la oportunidad de solucionar su problema de una manera distinta y que los hace sentirse parte de la solución y no solo causantes del problema.

En este sentido, el programa genera un espíritu de bien y paz, en el que la persona que juzgo se despoja de su investidura jerárquica y establece una relación horizontal y democrática con el infractor y la víctima, interrelacionándose frente a frente, de persona a persona. Dicha situación a veces no ocurre en el proceso judicial, con relaciones tensas y formales. En los talleres en cambio, los sentenciados

muestran voluntad para colaborar e impulsar el programa como forma de redención personal y social.

7. LUGAR DONDE HA EJECUTADO EL PROGRAMA

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, se ha venido desarrollando mediante charlas, talleres, terapias y dinámicas, en los ambientes del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, a partir del mes de abril de 2013, y estuvo a cargo de un equipo multidisciplinario encabezado por el personal que laboró en el Juzgado (Juez y servidores jurisdiccionales), por magistrados, psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, y por integrantes de del Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública y Policía Nacional del Perú.

El concepto de desarrollar el programa en el local de Juzgado se basa en la búsqueda de un mayor acercamiento entre el Poder Judicial e instituciones involucradas en el tema de faltas, con los infractores y las víctimas, de manera que éstos perciban que hay un verdadero interés por resolver el problema de una manera conjunta y teniendo como objetivo común la reparación integral del daño y la prevención.

8. INSTITUCIONES PARTICIPANTES Y EL EQUIPO MULTIDISCIPLINARIO

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, es de carácter multidisciplinario pues busca articular a diversas instituciones vinculadas al tema de la prevención como la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Instituto Nacional Penitenciario (INPE), Defensoría Pública y Policía Nacional del Perú, a razón de que todas esas instituciones tienen roles estrechamente vinculados a la labor del sistema judicial: Por ejemplo, la Policía Nacional del Perú se encarga de investigar el hecho ilícito, la Defensoría Pública de defender y representar al imputado y el Instituto Nacional Penitenciario se encarga de la ejecución de las sanciones impuestas por el Juzgado.

Por otro lado, la estructura diseñada del programa, requiere necesariamente de profesionales y personas que tengan conocimientos diferentes pero complementarios.

En conjunto, se forma un equipo humano multidisciplinario cuyo objetivo es lograr la reparación integral del daño y la efectiva solución del conflicto. Participan jueces, abogados, profesionales y policías que manejan temas legales y por otro, especialistas en temas de terapia psicológica y readaptación. La participación es la siguiente:

- a) En las etapas de capacitación de los procesos restaurativos desarrollados para la falta de lesiones dolosas y hurto simple, participan jueces, abogados, defensores públicos, policías, profesionales del INPE y otras

instituciones, todos ellos contribuyen en la educación de infractores y víctimas.

- b) En las fases de sensibilización, reflexión y perdón, participan los psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, quienes mediante talleres, terapias, dinámicas, videos y otros métodos respetuosos de los derechos humanos, procuran sensibilizar y generar un cambio positivo de actitud en el infractor.
- c) En la fase de autoayuda y prevención colectiva, participan los jueces y personal del Juzgado encargado de verificar el cumplimiento de las reglas de conducta así como los educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte.

El Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, se inició como proyecto piloto desde el mes de abril de 2013, a mi cargo, cuando desempeñaba funciones en como Juez Titular del Tercer Juzgado de Paz Letrado de Independencia, Turno B, de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Perú. También apoyaron el personal que laboró en el Juzgado como el señor Carlos Ortiz Liza, Javier Olivera Núñez y Junior Arroyo Chumbile.

Como capacitadores se ha contado con la colaboración de distinguidos jueces de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, como es el caso de los magistrados Edgardo Torres López, Presidente de la Segunda Sala Civil, Abel Pulido Alvarado, Juez Especializado Penal, los Defensores Públicos Violeta Ferro, Melanio Castillo, la Lic. Freysa Tejada García, responsable del Instituto Nacional Penitenciario (INPE) en la Comisaría de Independencia.

Merece resaltar la importante labor desarrollada por la licenciada Elizabeth Vitteri Valdivia, psicóloga de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, en el diseño de talleres y dinámicas especiales para cada etapa del programa.

9. MONITOREO DE RESULTADOS Y LOGROS ALCANZADOS

La ventaja del Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”, es que los resultados pueden ser verificables en el tiempo. Si culminado el Programa el infractor incurre en una nueva falta o quizás en delito, se tiene registros policiales y judiciales que posibilitan el control respectivo. De verificarse ello, significa que es necesario mejorar la intervención; en caso de no existir reincidencia ni habitualidad en los participantes, el éxito del programa es total.

Otra ventaja que ofrece el programa es que los infractores no se desvinculan totalmente del Juzgado, pues otra regla de conducta que deben cumplir y que se consigna en la sentencia, es la obligación de concurrir al Juzgado mensual o bimensualmente, para firmar el cuaderno de control, otra regla es la de no cometer hechos similares; lo que permite seguir evaluando su comportamiento incluso luego de culminado el programa.

A la fecha, desde que inició el Programa no se ha tenido ningún caso de infractores que hayan infringido la ley, cometiendo una nueva falta o delito. El promedio de participantes fue de 50 infractores y de 25 víctimas.

10. BAJO COSTO Y GRANDES BENEFICIOS DEL PROGRAMA

El *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, funciona con mínimos recursos. Pues los ambientes, muebles y equipo multimedia que se emplean, son de la institución judicial. El equipo multidisciplinario se ha formado por iniciativa del Juzgado, y gracias a la predisposición de magistrados, psicólogos y educadores de la Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Defensores Públicos del Ministerio de Justicia de Lima Norte, profesionales del INPE asignados a la Comisaría de independencia y representantes de la Policía Nacional del Perú.

La idea que se ha desarrollado en el programa es sostenible en el tiempo y con pocos recursos. Sin embargo, una mayor cantidad de recursos permitirá que el programa se desarrolle con mayor rapidez, abarque un mayor número de participantes, así como la implementación de nuevos métodos de concientización como obras de teatro, elaboración de folletos y materiales para la enseñanza y difusión.

En este sentido, es un programa que no genera mayores gastos al Poder Judicial, por el contrario, permite lo fortalecerlo de una manera efectiva.

11. IMPLEMENTACION Y DIFUSION

El *Programa de Prevención para Sentenciados “Justicia, Paz y Seguridad”*, es una iniciativa de gran impacto social y jurídico, que debe ser replicado en Juzgados de Paz, Juzgados de Paz letrado, Juzgados Especializados y Mixtos y órganos jurisdiccionales donde resulte aplicable, en todo el país.

Esta experiencia también puede ser utilizada en otros países, sobre la base de programas similares de prevención del delito, con objetivos de justicia, paz y seguridad, como parte integrante de los procesos judiciales, igual o más importante que la investigación judicial. La mayoría de los países, busca la resocialización, readaptación y reeducación de los sentenciados; el programa es una alternativa para lograrlo, además que tiene la posibilidad de incorporar en forma libre y voluntaria a las víctimas de la infracción, que tienen derecho a la reparación de los daños sufridos, principalmente en la parte emocional y la protección.

En relación a la difusión, el a nivel nacional el *Programa de Prevención “Justicia, Paz y Seguridad”*, ha sido presentado a los siguientes premiso:

- Premio a la *Excelencia Judicial 2013*, convocado por la Presidencia del Poder Judicial del Perú,
- Premio de Derechos Humanos “*Javier Pérez de Cuéllar*” año 2014, convocado por la embajada de Francia en el Perú.

También se ha recibido la felicitación y el reconocimiento de instituciones como la Asociación Promotores de Derechos Humanos de Latinoamérica, el Frente Nacional de Mujeres del Perú y el Centro Latinoamericano de Derechos Humanos (CELADH).

A nivel internacional, el programa ha sido presentado a los siguientes premios:

- Premio “*3er Concurso de Buenas Prácticas en Prevención del Delito en América Latina y el Caribe-2013*”, convocado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Fundación GOBERNARTE y el Instituto de Asuntos Públicos de Chile.
- Premio “*Innovating Justice2013*”, convocado por la Fundación de Derechos Humanos Hill, con sede en Suiza.

En ambos casos, si bien no se ha logrado obtener un premio, se ha recibido la felicitación por tan importante iniciativa en el ámbito judicial.

Capítulo II

A EQUIDADE E OS PRINCÍPIOS QUE FUNDAMENTAM AÇÕES AFIRMATIVAS EM INSTITUIÇÕES PÚBLICAS DE ENSINO SUPERIOR: MEDIDAS PARA SUPERAR AS PERDAS HISTÓRICAS E PROPORCIONAR A CONCRETIZAÇÃO DA JUSTIÇA SOCIAL

Augusto Santos MOREIRA¹
Laísa Fernanda CAMPIDELLI²
Lívia Komono TOJEIRO³

RESUMO: O presente trabalho tem por objetivo estudar o acesso a Instituições Públicas de Ensino Superior pela população negra dentro do âmbito nacional, com base na Constituição Federal de 1988, nos dados históricos e nas pesquisas sobre distribuição de renda e desigualdades sociais. Será realizado um estudo sobre a história da desigualdade racial no Brasil e a razão para se buscar a justiça social. Dentro da problemática levantada, buscar-se-á demonstrar que as ações propostas pelas instituições governamentais brasileiras são válidas ao priorizar vagas para negros nas universidades, pois refletem a necessidade de se promover a igualdade por meio da equidade. As políticas anteriores não eram suficientes para enfrentar a exclusão social do população negra frente aos números sempre crescentes de desigualdade racial e a notável ausência de jovens negros no Ensino Superior. Buscar-se-á apontar as conquistas democráticas que priorizam e servem de base para a implementação de Ações Afirmativas, as quais correspondem às demandas e necessidades de uma sociedade que deve se preocupar com abolir as desigualdades raciais e concretizar a justiça social.

PALAVRAS-CHAVE: Ações Afirmativas; Exclusão Social; Justiça Social; Equidade; Desigualdade Racial;

INTRODUÇÃO

A história da desigualdade racial e da discriminação sofrida pela população negra é, de fato, um problema que deve ser examinado. Em decorrência da carga histórica de acontecimentos nesse sentido, esse segmento da população encontra-se atualmente em situação prejudicial e desigual em relação aos demais.

A desigualdade racial é uma violação aos direitos humanos e deve ser diminuída para promover a justiça social, mediante a distribuição de recursos objetivando a equidade.

A problemática levantada é que muitas políticas já foram adotadas para suprir essa defasagem entre os negros e brancos. Ocorre, porém, que elas não foram suficientes para enfrentar a exclusão social dessa minoria.

Assim, as ações afirmativas para a população negra justificam-se pelas perdas históricas acumuladas, perdas que as tradicionais políticas anteriores não foram capazes de minimizar.

As ações afirmativas são uma alternativa para o processo de promoção da justiça social em face dos negros, grupo vulnerável que foi historicamente injustiçado.

O ponto crucial deste estudo é analisar e discutir a utilização dessas políticas que visam diminuir as desigualdades raciais e promover a justiça social por meio de instrumentos apropriados para suprir a discriminação dos negros.

Em busca de chegar a uma conclusão a respeito do estudo, a metodologia utilizada foi o método histórico, a fim de analisar a carga histórica de acontecimentos que incide sobre a população negra, e o método dedutivo, vez que necessário se faz esclarecer os principais conceitos abordados para uma posterior discussão da situação vivida e da realidade dos negros atualmente.

É importante, ainda, destacar que a Constituição de 1988 e o ordenamento jurídico como um todo têm dado lentos passos, mas significativos, para uma mudança social, sob o primado da dignidade da pessoa humana, da tal almejada igualdade e equidade.

DESIGUALDADES RACIAIS E DIREITOS HUMANOS

A desigualdade racial e a violação dos direitos humanos dos negros não é uma questão nova, pelo contrário, as condições históricas trouxeram uma bagagem densa para a população negra, contribuindo significativamente para a atual situação dessa minoria.

A situação vivenciada hoje é decorrente de perdas históricas decorrentes da escravidão, da ausência de políticas públicas no período pós-abolição, ou seja, de acontecimentos que impactaram a população negra, deixando-lhe profundas marcas que se estendem até hoje. Isso afetou sua inserção na sociedade brasileira e, conseqüentemente, comprometeu a construção de um país democrático e promotor oportunidades iguais para todos.

No Brasil, a escravidão foi uma discrepante violação dos direitos à igualdade e à liberdade da população negra e, desde então, tais direitos humanos continuam sendo desrespeitados. Apesar dos esforços de uma parte da sociedade, uma outra, massacrante, ainda evita enxergar os problemas raciais.

Ocorre que o ordenamento jurídico dispõe quanto à discriminação explícita, no entanto existe uma discriminação implícita que está presente no cotidiano de maneira difusa, porém não está disposta na legislação e tem sido acobertada pela sociedade.

Dizer que os direitos humanos dos negros estão sendo violados é uma afirmação inquestionável, pois a população negra sofre preconceito e discriminação racial no acesso a seus direitos fundamentais. Tal situação é notável na sociedade e demonstrada nos dados estatísticos dos órgãos governamentais, tais como IPEA (Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada) e IBGE (Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística).

Assim, a atual situação de desigualdades raciais concorre para justificar a necessidade de ações afirmativas voltadas à população negra.

AÇÕES AFIRMATIVAS PARA NEGROS E COTAS RACIAIS

Na década de 1990, políticas específicas voltadas para a população negra tornaram-se um ponto central na pauta de reivindicações do Movimento Negro. Na Marcha Zumbi dos Palmares, o movimento exigia ações efetivas do Estado:

É dever do Estado Democrático de Direito esforçar-se para favorecer a criação de condições efetivas que permitam a todos beneficiar-se da igualdade de oportunidade, assegurando a eliminação de qualquer fonte de discriminação direta ou indiretamente e

reorientando o sistema educacional no sentido da valorização da pluralidade étnica que caracteriza nossa sociedade. (JACCOUD e BEGHIN, 2002, p. 45)

Ocorre que o reconhecimento da igualdade formal não garantia aos negros um acesso igualitário às oportunidades, sendo necessária a efetivação da igualdade substancial, ou seja, igualdade de oportunidade e tratamento. Isso porque uma grande massa da sociedade carrega em sua história inúmeros privilégios e vantagens sociais que a põe quilômetros à frente dos socialmente desfavorecidos. Assim, paulatinamente, surgem as ações afirmativas como instrumento de efetivação do princípio constitucional da igualdade e de inclusão dos diferentes, em busca de garantir a igualdade de oportunidade para todos, promovendo um tratamento diferenciado àqueles historicamente marginalizados, como é o caso dos negros.

Nas palavras de Joaquim Benedito Barbosa Gomes, ação afirmativa consiste em:

(...) dar tratamento preferencial a um grupo historicamente discriminado, de modo a inseri-lo no ‘mainstream’, impedindo assim que o princípio da igualdade formal, expresso em leis neutras que não levam em consideração os fatores de natureza cultural e histórica, funcione na prática como mecanismo perpetuador da desigualdade. Em suma, cuida-se de dar tratamento preferencial, favorável, àqueles que historicamente foram marginalizados, de sorte a colocá-los em um nível de competição similar ao daqueles que historicamente se beneficiaram da sua exclusão. Essa modalidade de discriminação, de caráter redistributivo e restaurador, destinada a corrigir uma situação de desigualdade historicamente comprovada, em geral se justifica pela sua natureza temporária e pelos objetivos sociais que se visa com ela a atingir. Assim, as ações afirmativas têm caráter distributivo, no sentido de propiciar melhor distribuição de oportunidades; caráter compensatório, visando compensar as injustiças sofridas por esse grupo social; e caráter preventivo para evitar futuros conflitos decorrentes da atual situação em que se encontram. (GOMES, 2001, p. 22)

No intuito de corroborar com o presente estudo, vale citar algumas definições sobre a temática. Nesse sentido, Álvaro Ricardo Souza Cruz traz o seguinte conceito a respeito do tema:

As ações afirmativas podem ser entendidas como medidas públicas e privadas, coercitivas ou voluntárias, implementadas na promoção/integração de indivíduos e grupos sociais tradicionalmente discriminados em função de sua origem, raça, sexo, opção sexual, idade, religião, patogenicidade física/psicológica, etc. (CRUZ, 2005, p. 128)

Conforme Joaquim Benedito Barbosa Gomes, é possível observar a adoção do caráter compensatório em sua definição:

As ações afirmativas podem ser definidas como um conjunto de políticas públicas e privadas de caráter compulsório, facultativo ou voluntário, concebidas com vistas ao combate à discriminação racial, de gênero, por deficiência física e de origem nacional, bem como mitigar os efeitos presentes da discriminação praticada no passado, tendo por objetivo a concretização do ideal de efetiva igualdade de acesso a bens fundamentais como educação e o emprego. (GOMES, 2001, p. 143)

Pelas definições apresentadas, nota-se que essas ações afirmativas não buscam trazer privilégios aos grupos que estão em desvantagem: pelo contrário, elas oferecem meios de nivelar as desigualdades e abrir espaço para o exercício dos direitos fundamentais das minorias, concretizando a ideia de efetiva igualdade de acesso à educação, à saúde e ao trabalho, por exemplo.

O beneficiado com as ações afirmativas tende a melhorar sua atual condição social, saindo da margem da sociedade e exercendo efetivamente seus direitos. As ações afirmativas objetivam promover a ampliação da participação dos grupos discriminados nos diversos setores da vida social.

Essas ações afirmativas têm caráter temporário, como no caso de cotas em universidades, as quais se mostrarão presentes até o momento em que as oportunidades forem igualadas e as desigualdades supridas, quando, então, tais ações públicas serão dispensadas. Em geral, é um conjunto de políticas públicas e privadas com vistas a combater a discriminação e devem ser utilizadas excepcionalmente para corrigir as desigualdades.

Existem, ainda, ações afirmativas que tendem a ter caráter perene, como no caso de algumas políticas voltadas para deficientes físicos, uma vez que esse grupo necessita de uma constante proteção do Estado em face de sua situação de desvantagem em certas áreas. Nesses casos, muito provavelmente tais políticas públicas e privadas terão seu caráter temporário prolongado, se não permanente, frente à situação em que se encontram.

Existem inúmeras políticas positivas implantadas na sociedade, cada uma voltada para o grupo discriminado que se busca proteger. Entre essas, voltadas especificamente para a população negra, as cotas raciais, nas Instituições Públicas de Ensino Superior, têm sido alvo de grande polêmica.

Na verdade, essa cota racial é uma reserva de um determinado percentual de vagas para o ingresso nas universidades públicas, destinadas para uma minoria específica da população.

A primeira vez que esse sistema de ação afirmativa foi adotado no Brasil ocorreu no ano de 2003, quando a Universidade Estadual do Rio de Janeiro estabeleceu cotas raciais em seu processo de seleção em face da lei estadual que obrigava tal procedimento. A partir de então, várias Instituições de Ensino Superior passaram a adotar tal sistema. Sob esse viés, busca-se trazer os negros, que estariam em uma situação de desvantagem em relação ao ingresso pela livre concorrência, para um patamar de igualdade real em relação ao restante dos candidatos.

Assim, este estudo demonstra, sucintamente, que as desigualdades raciais justificam as ações afirmativas para a população negra e visam compensar e promover a equidade nas oportunidades. A aplicação das cotas nas Instituições Públicas de Ensino Superior encontram-se fundamentadas na Constituição Federal de 1988 que diz em seu artigo 206 que: “O ensino será ministrado com base nos seguintes princípios: I. Igualdade de acesso e permanência na escola”. Logo, para garantir a igualdade é necessário promover medidas compensatórias.

JUSTIÇA SOCIAL

Em busca de uma sociedade em que todos os membros desfrutem do Bem-Estar Social, a aplicação da justiça social se faz necessária, pois existem fatores históricos que levam cada vez mais as minorias para as margens. A necessidade de crescimento econômico

não pode ser o escopo social, devendo prevalecer sempre a garantia de oportunidades e um crescimento razoável em que todos possam participar.

A justiça social em muito se diferencia da justiça civil, pois, ao invés de buscar a absoluta imparcialidade em seus julgamentos, sempre partindo unicamente de leis, tem como objetivo minimizar as desigualdades sociais observando os problemas particulares de cada grupo com o fim de implementar políticas que possam vir a sanar ou, ao menos, melhorar a situação dessas minorias.

Neste contexto, Junkes conceitua justiça social como:

A justiça social é a resultante de uma sociedade estruturada de forma a garantir e promover, continua e simultaneamente: (a) a igualdade de todos os seus integrantes no que se refere à liberdade, dignidade e oportunidades, (b) a redução dos desequilíbrios sociais. (JUNKES, 2006, p. 47)

A população negra continua a sofrer reflexos do passado em virtude da falta de oportunidades e do preconceito. Dados recentes do IBGE mostram a privação de direitos básicos como a educação, obtendo a pior taxa de analfabetismo (14,4%), o que demonstra a desigualdade, pois os níveis mais elevados socioeconomicamente são majoritariamente compostos por pessoas brancas (5,9%).

Assim, a sociedade brasileira até hoje carrega seus traços preconceituosos e excludentes das minorias. Buscando a redução dos desequilíbrios existentes no Brasil, os quais refletem as desigualdades sociais, econômicas e culturais, é necessária a implementação de medidas que possibilitem melhores condições de vida a essas pessoas. Esse é um direito de cidadania, que atualmente se pode perceber como um privilégio que poucos desfrutam, enquanto outros são excluídos de direitos básicos.

É importante abrir novas oportunidades baseadas em equidade, pois em virtude de condições históricas, existe a necessidade, hoje, de ações do Estado que promovam a igualdade. Nos Estados Unidos também houve essa necessidade, o que se pode perceber pelo importante discurso do Presidente Lyndon Johnson, na Universidade de Howard em 1965, citado por Joaquim Barbosa Gomes:

Você não pega uma pessoa que durante anos foi impedida por estar presa e a liberta, trazendo-a para o começo da linha de uma corrida e então diz: "você está livre para competir com todos os outros" e, ainda acredita que você foi completamente justo. Isto não é o bastante para abrir as portas da oportunidade. Todos os nossos cidadãos têm que ter capacidades para atravessar aquelas portas. Este é o próximo e o mais profundo estágio da batalha pelos direitos civis. Nós não procuramos somente liberdade, mas oportunidades. Nós não procuramos somente por equidade legal, mas por capacidade humana, não somente igualdade como uma teoria e um direito, mas igualdade como um fato e igualdade como um resultado. (GOMES, 2001, p.57).

Neste sentido, Sandel também acredita não ser justo colocar pessoas que não tiveram as mesmas oportunidades de educação em um mesmo patamar para competir de igual para igual, uma vez que isso só faria permanecer a exclusão.

Permitir que todos participem da corrida é uma coisa boa. Mas se os corredores começarem de pontos de partida diferentes, dificilmente será uma corrida justa. É por isso, argumenta Rawls, que a distribuição de renda e fortuna que resulta do livre mercado com oportunidades formalmente iguais não pode ser considerada justa. (...) Uma das

formas de remediar essa injustiça é corrigir as diferenças sociais e econômicas. Uma meritocracia justa tenta fazer isso, indo além da igualdade de oportunidades meramente formal. Ela remove os obstáculos que cerceiam a realização pessoal ao oferecer oportunidades de educação iguais para todos, para que os indivíduos de famílias pobres possam competir em situação de igualdade com os que têm origens mais privilegiadas (SANDEL, 2012, p. 191)

Dessa forma, as Ações afirmativas são um reflexo da preocupação do Estado com a diminuição das desigualdades: além disso, têm o intuito de resgatar a própria cidadania dos indivíduos que se localizam às margens da sociedade em virtude do preconceito. Constituem-se, assim, num mecanismo para aniquilar o próprio preconceito, proporcionando oportunidades a todas as pessoas.

JUSTIÇA SOCIAL NO ÂMBITO INTERNACIONAL

Os primeiros vestígios de justiça social ocorreram em 1796, na Grã-Bretanha, sob inspiração da Revolução Francesa, diante do aumento da fome e da miséria, o que fez com que as pessoas comesçassem a acreditar que tinham direito a um auxílio de subsistência. O Parlamento da época demonstrava preocupação em garantir a sobrevivência das crianças, considerando um direito de honra, porém os projetos de lei não se concretizaram.

Nesse contexto, a Revolução Francesa é um importante marco, pois diante das dificuldades enfrentadas por muitas famílias na época, começou-se a propagar cada vez mais a ideia de que todos teriam direito à garantia de melhores condições. Entre os seguidores dessa ideia se encontram a Noruega, a Finlândia e a Suécia, as quais instituíram uma espécie de assistencialismo para as minorias.

Quando se trata de direito socioeconômico, as Constituições da Alemanha e do México, nas primeiras décadas do século XX, são as que merecem destaque por primarem pela intervenção do Estado para garantia dos direitos prestacionais.

O maior marco já registrado na idealização da justiça social é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que demonstrou grande preocupação com a diminuição de desigualdades e consequentemente da pobreza, introduzindo dois importantes artigos a respeito, XXII e XXV:

Artigo XXII: Todo ser humano, como membro da sociedade, tem direito à segurança social, à realização pelo esforço nacional, pela cooperação internacional e de acordo com a organização e recursos de cada Estado, dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento da sua personalidade.

[...]

Artigo XXV: 1. Todo ser humano tem direito a um padrão de vida capaz de assegurar-lhe, e a sua família, saúde e bem-estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais indispensáveis, e direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle. 2. A maternidade e a infância têm direito a cuidados e assistência especiais. Todas as crianças, nascidas dentro ou fora do matrimônio gozarão da mesma proteção social. (BRASIL, 1948, p. 12-13)

JOHN RAWLS E A JUSTIÇA BASEADA EM EQUIDADE

John Rawls foi um importante idealizador da justiça social, em sua obra “Teoria da Justiça”, a qual expôs que havia uma inviolabilidade individual que deveria ser garantida pela justiça, pois nem em benefício do todo poderia ser sacrificado esse direito do indivíduo. Dessa forma, segundo Rawls, era um equívoco acreditar que para satisfazer a maioria poder-se-ia prejudicar um indivíduo.

Assim, para delimitar o que seria justo, Rawls parte de princípios básicos, os quais forneceriam elementos para a atribuição de direitos e deveres. As bases desse pensamento pensamento liberal buscam uma teoria de justiça, a qual se baseia na cooperação mútua entre os cidadãos considerados iguais e livres, idealizando formar, dessa maneira, uma sociedade organizada, em que os princípios de justiça são aceitos e vivenciados por todos.

Nesse contexto, essa concepção foi idealizada em contraposição às teorias morais do intuicionismo e ao utilitarismo, que eram predominantes na década de 70 do século XX. Rawls afirma a primazia da justiça na ordem social, buscando comprovar que existe um interesse comum mínimo em todas as sociedades, o qual está ligado à ideia de sobrevivência. O filósofo apresenta dois importantes princípios, primordiais para o desenvolvimento de um possível pacto social: o princípio da igualdade e o da diferença.

A primeira apresentação dos dois princípios é a seguinte: Primeiro. Cada pessoa deve ter um direito igual ao mais extenso sistema de liberdades básicas que seja compatível com um sistema de liberdades idêntico para outras. Segundo. As desigualdades econômicas e sociais devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente: (a) se possa razoavelmente esperar que elas sejam em benefício de todos; (b) decorrem de posições e funções às quais todos têm acesso. (RAWLS, 2008, p. 68)

Dessa forma, Rawls busca identificar as desigualdades e tentar supri-las pela equidade, concretizando a justiça social, demonstrando que, quando a desigualdade é em benefício dos menos favorecidos, ela é considerada justa, pois é nesse ponto que se consolida justamente a equidade:

As desigualdades sociais e econômicas devem ser distribuídas por forma a que, simultaneamente, a) proporcionem a maior expectativa de benefício aos menos favorecidos e b) estejam ligadas a funções e a posições abertas a todos em posição de igualdade equitativa de oportunidades. (RAWLS, 2008, p. 7)

Neste ínterim, Ana Paula de Barcellos explica como a distribuição de recursos pode ser desigual se em benefício dos que dela carecem:

O princípio da diferença diz respeito à distribuição dos bens na sociedade e é composto por três elementos. Preliminarmente, é preciso esclarecer que Rawls entende perfeitamente possível a desigualdade econômico-social entre indivíduos. Nada obstante, em primeiro lugar, a distribuição da desigualdade no âmbito da sociedade deverá maximizar o bem-estar dos menos favorecidos. Vale dizer: aumento da desigualdade só se justifica se redundar em uma maior expectativa de benefício para o sujeito representativo mais pobre. (BARCELLOS, 2011, p. 147)

Observa-se que a questão das Ações Afirmativas é justamente a concretização do princípio da diferença, pois o que se busca é uma distribuição diferenciada hoje para

suprir as aspectos históricos, preconceituosos e desiguais que marcam essas pessoas, os quais as privam de igualdade de oportunidade.

A CONSTITUCIONALIDADE DAS AÇÕES AFIRMATIVAS

As sociedades humanas desenvolvem e atualizam seus respectivos ordenamentos jurídicos conforme a necessidade prática e o momento histórico cultural em que o mundo se apresenta; logo, a fim de que sejam consagrados os objetivos do Estado, é necessário que a legislação vigente esteja em conformidade com os anseios coletivos, permitindo que toda a sociedade civil, sem exceções, disponha e goze dos valores oriundos do próprio sistema criado dela e para ela.

Eis que a Constituição Federal de 1988 surge contrariando o contexto histórico no qual se encontrava, em que o neoliberalismo e o Estado Mínimo voltavam a dominar os ideais de governo. A “Constituição Cidadã” surge para legitimar a aplicabilidade do Estado do Bem-Estar Social no Brasil, garantindo padrões mínimos de educação, saúde, habitação, renda e seguridade social a todos os cidadãos, “sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”, como é objetivado pela própria Constituição em seu artigo 3º, IV. Posição legislativa defendida por Valter Foleto Santin, segundo o qual “Em tese, os serviços públicos não se adaptam ao regime de mercado ou da livre iniciativa, pois visam preencher uma lacuna da sociedade no interesse comunitário.”

Compreende-se que a Carta Magna de 88 determina uma atuação mais ativa do poder público no sentido de mudar a realidade social em que fora desenvolvida, atribuindo ao Estado a tarefa de promover e, principalmente, aplicar os mecanismos capazes de promover a igualdade social. O conceito de igualdade possui interpretações diversas, em seu aspecto formal, a exemplo do artigo 5º da Carta Maior, que visa desenvolver e conceder uma previsão normativa para todo ser humano, brasileiros ou estrangeiros residentes no Brasil, para que seus direitos sejam estabelecidos e respeitados. Trata-se de ideais, princípios que devem nortear o ordenamento jurídico. Enquanto a igualdade, em seu aspecto real, busca consolidar e aplicar o que antes era somente almejado em diversos outros dispositivos e leis esparsas, como no caso dos arts. 37, VIII e 227, §1º, II, da Lei Maior brasileira, que prevêm respectivamente a garantia e a reserva de vagas em concursos públicos para deficientes físicos e a criação de programas de prevenção e de tratamento especializado para essa mesma parcela da população.

Recapitulando a teoria, os mecanismos constitucionais de inserção normatizada de ações afirmativas, como no caso do art. 7º, XX, CF que prevê a necessidade de proteção do mercado de trabalho da mulher, esse instituto é instaurado e reafirmado através do Capítulo III, artigos 372 a 378 da CLT protegendo os direitos trabalhistas das mulheres. Um capítulo inteiro voltado a assegurar os direitos do gênero feminino no mercado de trabalho, demonstrando que a nova ordem jurídico-constitucional brasileira introduz o tema com extrema preocupação, buscando efetivamente implementar em sociedade seus ideais.

A constitucionalidade das ações afirmativas é notória pelo fato de a Constituição estar repleta de atos normativos que legitimam o Estado para atuar de modo a permitir que classes desvalorizadas, subjugadas e inferiorizadas sejam protegidas, ou seja, é a própria aplicabilidade da desigualdade, porém de modo positivo, buscando reverter o retrospecto histórico de abusos e dominação de uma classe sobre a outra, o método

aplicado surge como pronunciado por Aristóteles “Devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade.”

A fim de se evitar interpretação errônea do Princípio da Igualdade preceituado pelo art. 5º da Constituição Federal em comparação com a desigualdade positiva ou ação afirmativa, é necessário salientar que:

“O tratamento diferenciado proposto pelas ações afirmativas se justifica pelo fato de que os objetivos queridos pela sociedade no combate à discriminação não estavam sendo realizados pela maneira que vinha sendo conduzida a política de tratamento das questões raciais, que se limitava a normatizar regras puramente formais para evitar o tratamento desigual de indivíduos na sociedade.” (COELHO, Carolina Reis Jatobá n. 2899, 2011)

Nery Júnior ressalta que:

“O princípio da igualdade pressupõe que as pessoas colocadas em situações diferentes sejam tratadas de forma desigual: ‘Dar tratamento isonômico às partes significa tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na exata medida de suas desigualdades’ (1999, p. 42)

A Constituição, ao promover como instrumento de inclusão certas situações de privilégio a uma classe desfavorecida, por meio da promoção de medidas de natureza positiva, contrariando alguns dos seus princípios inerentes, almeja em seu fim último sanar a desigualdade social.

Por todo o aparato constitucional apresentado, pressupõe-se que o sistema de cotas, para ser legítimo, requer que lhe seja atribuída previsão normativa. A finalidade aparente do combate à desigualdade social é que os privilégios concedidos à classe cotista sejam utilizados, por meio do resguardo estatal, a fim de que impulsionem a inclusão das minorias cotistas num sistema dominado preponderantemente por outra classe.

No Brasil, em algumas instituições, as ações afirmativas partem de um regulamento interno; em outras, o Estado promulgou leis que regularizam o sistema de cotas. No caso do Paraná, a Universidade Estadual de Londrina (UEL) estabelece que seu sistema de cotas reserve em torno de 35% das vagas de cada curso aos candidatos de escola pública, sendo que metade desse percentual é para estudantes que se autodeclararem pretos ou pardos. Já na Universidade Estadual de Ponta Grossa (UEPG, 2013), para as cotas estabeleceu-se que aproximadamente 50% das carteiras sejam ocupadas por alunos egressos das instituições públicas de ensino; dentro deste total, 10% são para estudantes negros. Na Universidade Estadual do Norte do Paraná é estabelecido que 90% das vagas sejam ofertadas para ampla concorrência e somente 10% para candidatos do ENEM.

No âmbito federal, as leis nº 12.288/2010 e 12.711/2012, que instituem respectivamente o Estatuto da Igualdade Racial e a conhecida como “Lei de Cotas”, tanto incentivam o sistema educacional para a instauração de ações afirmativas, quanto delimitam que 50% das vagas de concursos seletivos das instituições federais de educação de nível superior serão reservadas para estudantes negros ou pardos e para aqueles que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

CONCLUSÃO

A discriminação é uma realidade constantemente enfrentada por vários brasileiros, seja por cor, raça, credo, religião, sexo ou idade. A educação se apresenta como o mecanismo por excelência para o crescimento individual, por conceder capacitação e desenvolvimento cultural-intelectual para que o homem compreenda que os preconceitos que lhes são apresentados são fruto da história político-cultural do país.

Resta-lhe, enquanto indivíduo ciente de seus direitos e deveres, buscar, por meio do conhecimento advindo da educação, instaurar a proteção e manutenção da paz social.

Pois bem, o presente estudo destaca, precipuamente, que o Estado, em seus diversos aspectos e momentos históricos, tanto influencia quanto é influenciado pela coletividade e pelo modo de estruturação de sua administração e postura social. Sob essa perspectiva, constata-se que a desigualdade social presenciada nas instituições públicas de ensino superior é notória. Um país onde a maioria da sua população é reconhecida como negra ou parda não pode negar que é falha institucional o fato de esta maioria da população se tornar uma minoria em se tratando de acessibilidade à educação de nível superior.

As problemáticas são diversas e se estendem por todo território nacional ao longo de sua história, contudo a conscientização do povo e dos poderes governamentais deve assegurar que os atos normativos, planos, princípios, sejam efetivamente aplicados e concretizados, buscando cancelar que as mais diversas classes sociais e segmentos raciais sejam respeitados como parcela importante de uma nação. É por meio das ações afirmativas que a legalidade é positivada e consubstanciada com a efetiva aplicabilidade que a sociedade pode e deve atuar para gerar justiça social.

BIBLIOGRAFIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco*. Tradução, estudo bibliográfico e notas Edson Bini. São Paulo: EDIPRO, 2002.

BARCELOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011

BRASIL. *Constituição (1998)*. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1988.

BRASIL. Resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 10 de dezembro de 1948. Declaração Universal dos Direitos Humanos. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em: 17 de abr. de 2016.

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

COELHO, Carolina Reis Jatobá. Do princípio da igualdade à ação afirmativa: a trajetória do direito à inclusão social. *Revista Jus Navigandi*, Teresina, ano 16, n. 2899, 9 jun. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19298>>. Acesso em: 14 jul. 2016.

COSTA, Ilton Garcia; FREITAS, Paulo Henrique de Souza. *TERCEIRO SETOR, ONGs – Questões Críticas*. São Paulo: Verbatim, 2012.

CRUZ, Álvaro Ricardo de Souza. *O direito à diferença: as ações afirmativas como mecanismo de inclusão social de mulheres, negros, homossexuais e pessoas portadoras de deficiência*. 2.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

GOMES, Joaquim B. Barbosa. *Ação afirmativa & princípio constitucional da igualdade: O direito como instrumento de transformação social*. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2001.

JACCOUD, Luciana de Barros e BEGHIN, Nathalie. Desigualdades raciais no Brasil: um balanço da intervenção governamental. Brasília : Ipea, 2002.

JUNKES, Sergio Luiz. Defensoria Pública e o princípio da justiça social. Curitiba: Juruá, 2006.

NERY JÚNIOR, Nélon. Princípios do processo civil à luz da Constituição Federal. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

RAWLS, John. Justiça como equidade: uma reformulação. Tradução de Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. Uma concepção kantiana de igualdade. Tradução de Nythamar de Oliveira. Veritas, Porto Alegre, v. 52, n. 1, p. 108-119, mar. 2007.

_____. Uma teoria da justiça. Tradução de Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

SANDEL, Michael J. Justiça: o que é fazer a coisa certa. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. Controle judicial da segurança pública: eficiência do serviço na prevenção e repressão ao crime / Valter Foletto Santin. – 2. Ed. – São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE LONDRINA. Disponível em:
<<http://www.uel.br/prograd/?content=cotas/panorama.html>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

UNIVERSIDADE ESTADUAL DE PONGA GROSSA. Disponível em:
<<http://portal.uepg.br/noticias.php?id=5238>>. Acesso em: 15 de jul. 2016.

CAPÍTULO III

A IMPORTÂNCIA DA CAPACITAÇÃO ADEQUADA DOS AGENTES ESCOLARES PARA A PROMOÇÃO DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA

Camila da Silva Felix
Carolina Guerke Porto

RESUMO: O presente trabalho tem como objetivo mostrar que apesar da educação ser um direito básico, muitas vezes não tem se concretizado, principalmente quando se trata da educação inclusiva às pessoas com deficiência. Tal como a importância da formação e capacitação adequada dos agentes escolares e o seu papel na promoção do ensino regular inclusivo. Pais, professores e funcionários devem trabalhar em conjunto, visando atingir um único alvo, a inclusão dos alunos com deficiência. Garantindo, assim, a efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana, pois somente com educação de qualidade é possível a formação de cidadãos conscientes de seus direitos e deveres.

PALAVRAS-CHAVE: Educação Inclusiva, Capacitação dos Agentes Escolares, Pessoa com Deficiência, Cidadania.

A educação é um direito garantido na Constituição Federal de 1988, entretanto, por muitas vezes não tem se concretizado. Tal fato se reflete ainda mais, quando direcionado as pessoas com deficiência.

A inserção das pessoas com algum tipo de deficiência, no sistema educacional é um meio de se garantir princípios constitucionais, entre eles, a dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF/88).

A Constituição de 1988 trouxe a igualdade como um princípio fundamental de nosso ordenamento jurídico, os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade representam expressão máxima da positivação dos direitos humanos constituem pilar-mestra dos direitos das pessoas deficientes.

Pela via da interpretação dos direitos fundamentais da pessoa humana podem ser deduzidos os direitos das pessoas com deficiência.

O direito à educação repercute nos direitos à saúde, ao trabalho, ao transporte, à prevenção de acidentes, à habilitação e à reabilitação, posto que corresponde à forma de aprimoramento intelectual, preparando o indivíduo para o pleno exercício da cidadania.

Destarte, essencial se faz o ensino regular desde a idade pré-escolar até a conclusão do ensino médio. Todavia as pessoas com deficiência carecem de cuidados e preparações diferenciadas pelos professores, bem como de uma estrutura arquitetônica adaptada para

suas necessidades, oferecendo-lhes um ambiente seguro e acolhedor capaz de estimular o seu desenvolvimento intelectual.

Diante da realidade social, é essencial a participação do Estado em promover mecanismos que auxiliem o desenvolvimento de métodos para a melhoria do ensino para pessoas com deficiência.

Segundo as pesquisas do IBGE feitas em 2013, cerca 6,2% da população Brasileira possui algum tipo de deficiência. Essas pesquisas comprovam que o Estado precisa urgentemente promover mudanças para que todos tenham acesso à educação.

Irretocável a colocação do Dr. Lauro Luiz Gomes Ribeiro (2007, p.70):

Ora, se, como vimos, a educação é um direito de TODOS, mostra-se desnecessário dizer que nesse TODOS estão incluídas as pessoas com deficiência. Assim sendo, o dever do Estado para com elas é o mesmo para com as demais pessoas, qual seja, uma educação que deve visar ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o trabalho e exercício da cidadania.

Visando garantir a efetivação do princípio da igualdade, definido por Aristóteles como o tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais na medida de suas desigualdades, o constituinte, ao tratar da educação (Título VIII, Capítulo III), buscou assegurar às pessoas com deficiência, além das garantias asseguradas a todos, um tratamento diferenciado devido às suas necessidades especiais.

O artigo 206, I da nossa Carta Magna assevera a igualdade de condições para o acesso e permanência na escola, entretanto, quando se trata de uma criança “especial”, esta encontra dificuldades em se adaptar ao meio, seja pelo despreparo dos profissionais, incluindo os educadores, da falta de acesso físico às instalações das escolas, pela falta de informação e pelo medo dos próprios pais em mandarem seus filhos para a escola, sabendo de todos os desafios e dificuldades que serão enfrentados por eles, bem como o preconceito social, que de forma direta ou indireta, serão vítimas.

No cenário atual, a educação, de maneira geral, encontra-se em estado precário, visto que a falta de recursos e a desvalorização dos professores influenciam de maneira direta a não observância do princípio da igualdade.

Ainda na formação dos futuros docentes, estes não recebem a capacitação adequada para aprender a lidar com as diferenças e necessidades exigidas pelo aluno deficiente, isto cumulado com a desvalorização profissional por parte dos governantes e a falta de recursos, gera um desinteresse em buscar e estudar métodos mais adequados e modernos para promover a inclusão destes alunos no ensino regular.

Não obstante a preparação adequada dos educadores estar prevista na Declaração de Salamanca, na Lei de Diretrizes e Bases da Educação (Lei nº 9.394/96) e no Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei nº 13.146/15) como fator fundamental para a promoção do ensino inclusivo, na prática, constatamos que tais previsões norteadoras não são observadas. Seja pela falta de recursos financeiros ou pela formação deficitária dos profissionais, visto que, o processo de capacitação deve ser contínuo, preparando o professor para lidar com as diferenças e peculiaridades de cada aluno e não como um modelo de pensamento comum a todos.

Para concretização do processo de inclusão educacional, se faz necessária a colaboração e o envolvimento de todos os agentes escolares no planejamento de ações e programas inclusivos. Educadores, funcionários e os pais possuem papéis distintos e de suma importância para a formação do aluno com deficiência, todavia precisam agir coletivamente para que esta inclusão se torne realidade. Sendo essencial que esses agentes dêem continuidade ao desenvolvimento profissional e ao aprofundamento de estudos, objetivando a melhoria do sistema educacional, e, conseqüentemente,

proporcionando a formação íntegra e humanista desses cidadãos, garantindo a efetivação dos princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômaco. Poética / Aristóteles*; seleção de textos de José Américo Motta Pessanha. - 4. ed. - São Paulo: Nova Cultural, 1991. - (Os pensadores; v. 2)

BRASIL. Lei n. 13.146, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm>. Acesso em 19/07/2016.

BRASIL. Lei n. 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm>. Acesso em 19/07/2016.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil: promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em 18/07/2016.

IBGE: 6,2% da população têm algum tipo de deficiência. Rio de Janeiro, 2015. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-08/ibge-62-da-populacao-tem-algum-tipo-de-deficiencia>>. Acesso em: 19/07/2016.

NASCIMENTO, Rosângela Pereira do. Preparando professores para promover a inclusão de alunos com necessidades educacionais especiais. Londrina, 2009. Disponível em: <<http://www.diaadiaeducacao.pr.gov.br/portals/pde/arquivos/2496-8.pdf>>. Acesso em: 19/07/2016.

RIBEIRO, Lauro Luiz Gomes. Pessoa com Deficiência e o Direito à Educação. *Revista do Advogado*, São Paulo, nº 95, p. 65-73, dezembro de 2007.

UNESCO. Declaração de Salamanca e Linha de Ação sobre Necessidades Educativas Especiais. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/salamanca.pdf>>. Acesso em: 19/07/2016.

Capítulo IV

A IMPORTÂNCIA DA EDUCAÇÃO EM DIREITOS HUMANOS E O SEU PROCESSO DE IMPLEMENTAÇÃO NA EDUCAÇÃO BÁSICA DO ESTADO DO PARANÁ.

Paulo Roberto Braga Junior

RESUMO

O presente trabalho apresenta aspectos das Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos (Resolução nº 01/2012 – Conselho Nacional de Educação), a importância da sua implementação na educação básica e como isso vem ocorrendo no estado do Paraná. Os Direitos Humanos podem fazer parte do currículo escolar, pautar a forma de atuação dos educadores e orientar a gestão escolar, resultando, assim, na formação de sujeitos conscientes e críticos quanto à qualidade e o acesso universal a direitos, ao respeito das diversidades e afirmação das identidades de grupos historicamente discriminados.

Palavras-Chave: Implementação; Currículo Escolar; Transformação Social.

INTRODUÇÃO

A efetivação da educação em Direitos Humanos é um processo recente no contexto educacional brasileiro, apesar de documentos internacionais já tratarem do tema desde a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A nossa Constituição Federal de 1988 declarou que os direitos humanos são essenciais para a garantia da dignidade humana. Em 1996, o Brasil apresentou o Programa Nacional de Direitos Humanos, que em sua terceira versão, lançada em 2010, trouxe um eixo sobre Educação em Direitos Humanos. Outro documento importante e específico sobre o tema é o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos, que teve sua versão final apresentada no ano de 2006. O Ministério da Educação, em 2012, aprovou as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, neste mesmo ano a Secretaria Estadual de Educação do Paraná realizou o seu 1º seminário interno para tratar do tema. Em 2015, após amplas discussões, o Conselho Estadual de Educação do Paraná lançou o Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos. Demonstra-se, dessa forma, que a garantia e o desenvolvimento da Educação em Direitos Humanos é fruto de um processo contínuo e de constante aperfeiçoamento.

O objetivo dessa pesquisa é, portanto, mostrar que inserção de conteúdos e atividades relacionadas aos direitos humanos, nas instituições de ensino, pode construir ambientes que respeitem e promovam esses direitos. Ao incorporar essa temática no currículo escolar, na formação inicial e continuada dos educadores, e no modelo de gestão da escola, contribui-se para a visão de que todos os seres humanos devem ser

respeitados em sua dignidade, gerando mudanças significativas de mentalidades, atitudes, valores e comportamentos. Será utilizado nesta pesquisa, de maneira mais significativa, o método dedutivo, sem, porém, negligenciar os demais que possam contribuir com o presente estudo. Para se atingir tal desiderato, será empregada a técnica de pesquisa bibliográfica.

DESENVOLVIMENTO

A escola é uma instituição social, e como tal, apresenta várias diversidades entre seus integrantes, sejam alunos ou profissionais, sendo que os mesmos trocam conhecimentos e interagem em outros espaços sociais diversificados. Com base nesta premissa podemos justificar a importância das instituições de ensino constituírem-se espaços educadores em direitos humanos, integrando ao currículo das disciplinas orientações sobre o tema, e assim, estimulando práticas democráticas e de não discriminação. Desta forma, além dos conteúdos específicos das disciplinas, faz parte do papel da escola orientar na formação do caráter e da personalidade.

O direito à educação não se resume ao acesso à escola, pois ele não será vivenciado plenamente se a escola não der ao indivíduo informações, conhecimentos e domínio de técnicas imprescindíveis à compreensão do mundo que o rodeia, desenvolvendo nele o senso crítico que o levará a uma ação transformadora da sociedade. (BRASIL, 2013, p. 51).

A educação em direitos humanos pode ser definida como o aprendizado que desenvolve o reconhecimento, a defesa, o respeito e a promoção dos direitos humanos, tornando os indivíduos conscientes de seus direitos e das oportunidades de torná-los efetivos.

A importância de se efetivar a Educação em Direitos Humanos tem previsão em textos legais e outros documentos oficiais e orientadores. A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração das Nações Unidas sobre a Educação e Formação em Direitos Humanos de 2011, a Constituição Federal de 1988, o Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos de 2006 e as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos de 2012, são alguns dos documentos que dispõem sobre a promoção e fortalecimento dos direitos humanos no espaço escolar. Destaca-se aqui, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (Lei nº 9.394/96) que se refere à escola como “um espaço social privilegiado onde se definem a ação institucional pedagógica e a prática e vivência dos direitos humanos”.

Segundo as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos, em seu art. 3º, esta temática deverá promover a educação para a mudança e transformação social, com fundamento nos seguintes princípios: dignidade humana, igualdade de direitos, reconhecimento e valorização das diferenças e das diversidades, laicidade do Estado, democracia na educação, transversalidade, vivência e globalidade e sustentabilidade socioambiental, tendo como objetivo central a formação para a vida e para a convivência pautada no exercício cotidiano dos direitos humanos. A relevância dessas diretrizes, princípios e objetivos está na perspectiva de que educação é transformadora e tem como uma de suas finalidades o preparo para o exercício da cidadania, segundo a Constituição Federal art. 205.

Para a concretização da Educação em Direitos Humanos na educação básica, as Diretrizes Nacionais sobre o tema estabelecem que na elaboração dos Projetos Político-Pedagógicos (PPP) e Regimentos Escolares, nos materiais didáticos e pedagógicos, no modelo de ensino, na gestão escolar, bem como nos diferentes processos de avaliação, a temática deverá ser considerada. Também deverá estar presente na formação inicial dos professores e trabalhadores da educação, fazendo parte de seus cursos de graduação, bem como nos processos de formação continuada. Nesse sentido todo o processo educacional deve ser voltado para a prevenção das violações dos direitos humanos, construindo e promovendo valores como a paz, a justiça, a tolerância e a solidariedade.

Refletindo ainda sobre o contexto social em que as instituições de ensino estão inseridas, é ideal que desenvolvam ações de Educação em Direitos Humanos de acordo com as realidades e características culturais dos seus sujeitos, tratando de especificidades de grupos como: ciganos, mulheres, pessoas surdas, LGBT, população negra, quilombolas, pessoas com deficiências mentais, povos indígenas, religiosos, ribeirinhos, comunidades de periferia, sertanejos, entre outros. Essa iniciativa é “particularmente relevante para aqueles grupos que são significativamente desempoderados, e por causa da desvantagem econômica, da discriminação ou falta de voz, atualmente incapazes de reivindicar seus direitos legalmente reconhecidos”. (MCCOWAN, 2015, p 34).

Cabe à escola oferecer, a partir dos temas abordados, condições aos alunos de refletir e de tomar decisões sobre questões relacionadas à sua vida e ao ambiente que os cerca, onde o racismo, o sexismo, a discriminação social, cultural, religiosa e outras formas de discriminação presentes na sociedade sejam discutidos de forma crítica e denunciados como contrários a uma cultura de respeito aos direitos humanos. (BRASIL, 2013, p.60)

A inserção da Educação em Direitos Humanos nos currículos da educação básica requer uma metodologia, com a seleção de conteúdos e atividades que fomentem a consciência crítica e o compromisso social dos sujeitos. Conforme as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos esta inserção poderá ser realizada de três formas: pela transversalidade, sendo tratada interdisciplinarmente; como conteúdo específico de uma das disciplinas já existentes; ou de forma mista; combinando transversalidade e disciplinaridade.

Quanto ao educadores, é necessário para a transmissão dessa prática pedagógica que ele:

a) acredite no que faz, pois sem a convicção de que o respeito aos direitos humanos é fundamental para todos, não é possível despertar os mesmos sentimentos nos demais; b) eduque com o exemplo, porque de nada adianta ter um discurso desconectado da prática ou ser incoerente exigindo aos demais determinadas atitudes que a própria pessoa não cumpre; c) desenvolva uma consciência crítica com relação à realidade e um compromisso com as transformações sociais, já que os propósitos desse tipo de educação é a de formar sujeitos ativos que lutam pelo respeito aos direitos de todos. (TAVARES, 2007, p. 496).

A escola que educa em Direitos Humanos é aquela que além da transmissão de conteúdos, proporciona aos seus alunos e profissionais, e por consequência à sua comunidade, conhecimentos e vivências dos valores humanos mais fundamentais como: a verdade, a responsabilidade, o respeito e o amor à vida. (BRASIL, 2013, p.61)

Ao analisar o Plano de Ação do Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos verifica-se que a finalidade de sua implementação pode ser assim descrita:

- a) Fortalecer o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais;
- b) Desenvolver plenamente a personalidade humana e o sentido da dignidade do ser humano;
- c) Promover a compreensão, a tolerância, a igualdade entre os sexos e a amizade entre todas as nações, os povos indígenas e os grupos raciais, nacionais, étnicos, religiosos e lingüísticos;
- d) Facilitar a participação efetiva de todas as pessoas numa sociedade livre e democrática na qual impere o Estado de direito;
- e) Fomentar e manter a paz;
- f) Promover um desenvolvimento sustentável centrado nas pessoas e na justiça social. (UNESCO, 2012, p.14)

No quadriênio 2011-2014, com o objetivo de planejar e trilhar caminhos para uma cultura de Educação em Direitos Humanos no Paraná, a Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos/SEJU-PR, juntamente com o Conselho Estadual de Educação, iniciaram um processo colaborativo e participativo com vistas construção do Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos.

Em abril de 2015, o Conselho Estadual de Educação deliberou por unanimidade o Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos do Paraná, resultado de um trabalho interinstitucional, no qual se buscou sistematizar as proposições da sociedade paranaense para a Educação em Direitos Humanos. Segundo os eixos essenciais contemplados no Plano, a emergência de constituir políticas públicas para o desenvolvimento da cultura da paz e não violência no Estado Paraná perpassa pela Educação em Direitos Humanos. O documento estabelece as ações programáticas, o público alvo e os responsáveis pela sua implementação, e tem relevante importância pelo caráter inédito de produção e porque foi construído de forma ampla e democrática. (PARANÁ, 2015)

O Ministério da Educação/MEC oferece apoio aos estados e os municípios em seus processos de implantação e implementação da Educação em Direitos Humanos. Com a colaboração do MEC, em 2012, a Secretaria de Estado da Educação do Paraná/SEED realizou o 1º Seminário Interno “Implementando as Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos na Educação Básica do Paraná”, com a participação de representantes da Secretaria de Estado da Educação e de professores que atuam nos 32 Núcleos Regionais de Educação do estado.

O seminário proporcionou para os educadores o conhecimento dos principais documentos legais a respeito do tema, bem como discussões e reflexões sobre práticas a serem implementadas pela SEED/PR. A partir desse evento, estabeleceram-se ações, prazos e metas com o intuito de construir um plano de ação dentro desta Secretaria, para a implementação das Diretrizes Nacionais. A apresentação dos resultados deste plano sinalizou prioridades a serem consideradas pela SEED/PR, dentre elas a formação continuada dos profissionais da educação e a produção de material didático-pedagógico.

O entendimento dos representantes da SEED/PR demonstrou ser fundamental o investimento em formação continuada, visto que a discussão sobre os Direitos Humanos constitui-se numa temática complexa e que necessita de aprofundamento teórico. Neste sentido, a produção de material didático-pedagógico subsidia teórica e

metodologicamente as discussões que estão por vir e representam importante instrumento de apoio formação continuada. (OLIVEIRA; PALMEIRO)

As propostas apresentadas neste seminário representam o início do processo de construção de políticas educacionais em Direitos Humanos dentro da SEED/PR e que já estão chegando às escolas estaduais. Esta Secretaria tem organizado grupos de estudos com a temática, possibilitando a participação de professores e pedagogos atuantes na educação básica. Em fevereiro de 2016, o evento denominado “Semana Pedagógica”, que ocorre simultaneamente em todas as Escolas estaduais, antes do início do período letivo, teve como assunto a Educação em Direitos Humanos e reuniu todos os profissionais educadores do Paraná para apresentação das Diretrizes Nacionais e aspectos da sua implementação.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Educar em direitos humanos configura-se como uma política pública, postulada em normativas internacionais, nacionais e estaduais; pode ser vista como um meio de mudanças de atitudes e comportamentos, de uma forma que será benéfica para toda a sociedade. O espaço escolar, com todas as diversidades que apresenta, é um local próprio para o desenvolvimento das pessoas e também para a promoção dos Direitos Humanos. Levar o indivíduo a desenvolver o respeito pela opinião dos outros, reconhecer os interesses daqueles que estão fora de sua comunidade imediata, grupo étnico ou nacionalidade, e abster de submeter os outros, por exemplo, à agressão física ou humilhação psicológica, são alguns dos resultados que podem ser alcançados.

No estado do Paraná, percebe-se que a Educação em Direitos Humanos ainda não chegou efetivamente às salas de aulas e as demais interações do espaço escolar. A Secretaria Estadual de Educação já iniciou o processo para efetivá-la, assim, tem promovido ações para subsidiar o trabalho dos educadores, num primeiro momento, apresentando e contextualizando as normativas, dada a complexidade do tema e a atenção recente em razão das Diretrizes Nacionais de 2012 e do Plano Estadual de 2015. A Educação em Direitos Humanos já é uma política pública e, também, um processo desafiador, mas possível quando acredita-se que a realidade é uma construção histórica e que por meio da educação é passível de ser transformada.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Comitê Nacional de Educação em Direitos Humanos. Plano Nacional de Educação em Direitos Humanos. Brasília: Secretaria Especial dos Direitos Humanos: Ministério da Educação, 2009.

_____. Constituição (1998). Constituição da República Federativa do Brasil. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Estabelece as Diretrizes Nacionais para a Educação em Direitos Humanos. Resolução nº1/12. Brasília, 30 de maio de 2012. Disponível em : http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_docman&view=download&alias=10889-rcp001-12&category_slug=maio-2012-pdf&Itemid=30192. Acesso em: 06 mai.2016

_____. Lei nº 9394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9394.htm> . Acesso em 09 mai.2016.

_____. Secretaria de Direitos Humanos da Presidência da República. Educação em Direitos Humanos: Diretrizes Nacionais – Brasília: Coordenação Geral de Educação em SDH/PR, Direitos Humanos, Secretaria Nacional de Promoção e Defesa dos Direitos Humanos, 2013.

MCCOWAN, TRISTAN. O direito humano à aprendizagem e a aprendizagem dos direitos humanos. Educar em Revista, Curitiba, PR, n.55, 2015. Disponível em: <<http://revistas.ufpr.br/educar/article/view/39818>> Acesso em: 09 mai.2016.

OLIVEIRA, L.D.; PALMEIRO, A. P. Implementando as Diretrizes Nacionais de Educação em Direitos Humanos na Educação Básica do Paraná. Disponível em: <http://www.gestaoescolar.diaadia.pr.gov.br/arquivos/File/sem_pedagogica/fev_2016/anexo3_1dia_sp2016.pdf> Acesso em 09 mai.2016.

PARANÁ. Secretaria de Estado da Justiça, Cidadania e Direitos Humanos. Escola de Educação em Direitos Humanos. Comitê de Educação em Direitos Humanos. Plano Estadual de Educação em Direitos Humanos do Paraná. Curitiba: Secretaria de Estado da Educação; Conselho Estadual de Educação do Paraná, 2015.

TAVARES, CELMA. Educar em direitos humanos, o desafio da formação dos educadores numa perspectiva interdisciplinar. In: SILVEIRA, R. M. G.; DIAS, A. A.; FERREIRA, L.F.G. et al. (Org.). Educação em Direitos Humanos: fundamentos teórico-metodológicos. João Pessoa: Editora Universitária/UFPB, 2007. Cap.7, p. 487-503. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/livros/edh/br/fundamentos/29_cap_3_artigo_07.pdf> Acesso em: 08 mai.2016.

UNESCO. Plano de Ação - Programa Mundial de Educação em Direitos Humanos. Brasília: UNESCO, 2012. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0014/001478/147853por.pdf>> Acesso em 09 mai.2016.

Capítulo V

A INEFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO DAS MULHERES PRESAS EM RAZÃO DA AUSÊNCIA DE POLÍTICAS PÚBLICAS NA EXECUÇÃO PENAL

THE INEFFECTIVENESS OF IMPRISONED WOMEN'S FUNDAMENTAL RIGHT TO EDUCATION BY REASON OF THE LACK OF PUBLIC POLICIES IN THE CRIMINAL EXECUTION

Pedro Gonzaga Alves*

RESUMO: O acesso à educação de qualidade constitui direito humano fundamental tutelado, amplamente pela Constituição da República, pela legislação ordinária e por tratados internacionais que foram ratificados pelo Brasil. De acordo com os dados analisados, observa-se que, em termos quantitativos, as mulheres estão mais bem incluídas que os homens no sistema educacional, possuindo uma taxa de anos de estudo maior que das pessoas do sexo masculino, além de possuírem maior índice de conclusão no ensino superior e em mestrados e doutorados. Todavia, a taxa de ocupação dos homens continua sendo maior. No âmbito prisional, a situação é dramática, tendo em vista que, nem sequer, é garantido o acesso formal à educação das mulheres. Embora a Lei de Execução Penal e as legislações correlatas assegurem o desenvolvimento das atividades educacionais dentro do sistema carcerário, constituindo a própria finalidade da pena a reeducação, apenas 25,43% das mulheres presas participam de atividades educacionais, sendo que em alguns Estados não há nenhuma mulher estudando. Dessa forma, constata-se que sem a implementação de políticas públicas de ensino na esfera penitenciária, além de serem desvirtuados os propósitos da pena, a igualdade de gênero não será alcançada e, tampouco, a dignidade humana será tutelada, pois a educação constitui elemento essencial para o exercício da cidadania plena. Para a elaboração deste artigo, desenvolveu-se pesquisa bibliográfica, com análise em dados empíricos, não sendo desprezados os métodos comparativos e sistemáticos.

PALAVRAS-CHAVE: Cidadania; Direito Fundamental à Educação; Direitos Fundamentais das Mulheres; Igualdade; Políticas Públicas na Execução Penal.

ABSTRACT: The access to quality education is a fundamental human right, largely approached by the Republic's Constitution, the ordinary law and international treaties that have been ratified by Brazil. According to the analyzed data, it is possible to observe that, in quantitative terms, women are better included in the educational system than men, having a rate of years of study larger than the male, besides having a greater index of completing higher education and master's and doctorate's degree. In the prison context the situation is dramatic, considering that, it is not even guaranteed formal access to education for women. Although the Penal Execution Law and related legislation ensure the development of educational activities within the prison system, constituting

the rehabilitation the very purpose of the punishment, only 25.43% of female prisoners participate in educational activities, and in some states there is no woman studying. This way, it is possible to conclude that without the implementation of educational policies in the prison sphere, besides being distorted the purpose of the penalty, gender equality will not be achieved nor human dignity will be protected, because education is an essential element for the exercise of full citizenship. To prepare this article, it was developed a literature research with empirical analysis, not being despised comparative and systematic methods.

KEYWORDS: Citizenship; Fundamental Right to Education; Fundamental Rights of Women; Iquality; Public Policies in the Criminal Execution.

INTRODUÇÃO

A presente pesquisa possui o objetivo de analisar o acesso e o direito à educação das mulheres presas no Brasil. Dessa forma para a adequada abordagem do problema foi necessário desenvolver no primeiro capítulo, o conceito e as características do direito à educação, bem como a forma em que a Constituição da República e legislação ordinária trataram deste direito fundamental.

Em virtude da complexidade do tema, por possuir um objeto multidisciplinar, foram trabalhados no segundo capítulo os significados doutrinários da igualdade formal e material, sob a perspectiva de gênero, destacando os principais mecanismos previstos no ordenamento jurídico que asseguram ações afirmativas específicas para a apropriada tutela dos direitos humanos das mulheres.

Nessa perspectiva, analisaram-se dispositivos normativos contidos na, popularmente conhecida Lei “Maria da Penha”, os quais ressaltam a importância do acesso à educação das mulheres. Ainda neste capítulo, observou-se a realidade educacional do sexo feminino, sua inclusão no sistema de ensino e as distorções sociais existentes entre qualificação e salário das mulheres em relação aos homens.

Uma vez delineados o conteúdo do direito à educação e as peculiaridades dos direitos e garantias direcionados às questões de gênero, passou-se a análise, no terceiro capítulo, do tratamento legal e constitucional da execução da pena, suas características, espécies e objetivos, sem olvidar dos direitos fundamentais previstos para a proteção das pessoas presas.

Diante da importância do direito à educação, são vários os diplomas normativos que regulam o exercício deste direito dentro do sistema prisional, como por exemplo, a Lei de Execuções Penais, o Plano Nacional de Educação, Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, dentre outras Resoluções que não só garantem, mas também visam adotar políticas para a inclusão no ensino formal dos indivíduos que se encontram no regime de privação de liberdade.

Assim, foram investigados os dados concretos sobre a realidade prisional das mulheres, sua exclusão no sistema educacional, a taxa de alfabetização e conclusão do ensino fundamental, médio e superior, sendo verificado, também, o percentual de penitenciárias que possuem salas específicas de estudo e biblioteca. Evidenciou-se a responsabilidade do Estado e da sociedade como um todo no dever de implementar políticas públicas neste sentido e criar condições para que o direito à educação das mulheres tenha efetividade prática.

Este artigo científico foi desenvolvido com auxílio do método dedutivo, contendo pesquisa bibliográfica realizada com fichamentos das fontes primárias escritas impressas e no ciberespaço, sendo pesquisados dados empíricos, em fontes oficiais, para a melhor compreensão da realidade. Não foram desprezados os métodos comparativos e sistemáticos, que proporcionaram uma abordagem integral da temática.

1 OS PRINCIPAIS ASPECTOS E CARACTERÍSTICAS DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E O OBJETO TUTELADO PELA LEI DE DIRETRIZES E BASES - LDB

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, restabeleceu-se o regime democrático e a forma republicana de governo no Brasil com a previsão de mecanismos que propiciem a participação popular igualitária nas decisões e desígnios do Estado, formando um sistema garantidor dos direitos humanos fundamentais em suas diversas dimensões.

Instaurou-se uma nova ordem jurídica, fundando o Estado democrático e social de direito, que possui como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, tendo como objetivos a construção de uma sociedade justa, livre, solidária, sem pobreza, marginalização e desigualdades sociais.

O Estado existe em função da pessoa humana, valor supremo da democracia. Impõe-se, pois, ao Estado democrático a afirmação da dignidade efetiva-se mediante criação de condições para o desenvolvimento da personalidade humana, possibilitando trabalho, educação e tudo o mais que garanta condições existenciais mínimas em qualidade e quantidade, que abranja mais do que mera sobrevivência.

Nessa esteira, Sarlet (2006, p. 62), conceitua dignidade humana como:

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

O direito à educação ganha relevo e primazia no texto constitucional, sendo erigido à categoria de direito humano mais caro e fundamental, estabelecido como condição elementar e indissociável ao exercício dos demais direitos, da cidadania e da dignidade humana.

De acordo com estes caracteres, a professora Nina Ranieri (2013b, p. 66-67), sublinha que:

O direito à Educação, previsto na Constituição Federal nos Títulos II (Dos direitos e garantias fundamentais) e VIII (Da ordem social), é tratado em cerca de trinta artigos [...] Indiretamente, mais de vinte artigos ainda o alcançam. É o direito social que mereceu o maior número de dispositivos no atual texto constitucional; para que se tenha uma ideia dessa proporção, a saúde é tratada em cerca de nove dispositivos constitucionais, a previdência social em oito e a assistência, em quatro. Regido pelo conceito de dignidade humana, apresenta-se inserido no conjunto dos valores básicos do texto constitucional e,

ao mesmo tempo, nos marcos de proteção de situações jurídicas subjetivas, ínsitos ao Estado Constitucional de Direito.

Nesse contexto, a Constituição brasileira tutelou o direito à educação de modo amplo e profundo, tendo em vista que este direito se reveste de complexidade, pois assegura prerrogativas e impõe deveres, ao mesmo tempo em que determina ações e omissões, dirigidas não só ao Poder Público, mas também, à família e à sociedade.

Com o objetivo de esclarecer este direito e obrigações recíprocas, Regina Maria Fonseca Muniz (2002, p. 185), declara que:

A família, a sociedade como um todo e o Estado deverão ter como meta a formação humana de maneira integral, em que todos os níveis educativos deverão estar coordenados para que o homem possa vir a realizar o seu ideal e atingir o fim para o qual foi criado. A educação, portanto, como um direito fundamental e da personalidade, ínsita no direito à vida, deverá ser a preocupação primordial da família.

Dessa forma, o direito à educação ultrapassa a esfera e o interesse meramente individual e se relaciona com as várias dimensões de direitos humanos, pois constitui direito social essencial e direito difuso de indiscutível relevância humanística e jurídica.

E assim o é, porque a educação constitui pré-requisito indispensável ao exercício da cidadania lato sensu (no sentido da pessoa ter condições de entender a complexidade humana e de compreender o contexto social a qual está inserida, tendo habilidade de exercer os seus direitos e se auto-orientar sobre o cumprimento dos seus deveres), essencial para a co-participação responsável nas decisões políticas do Estado e condição fundamental para o alcance dos propósitos estampados no art. 1.º da Constituição.

Monica Herman S. Caggiano (2009, p. 23) esclarece que:

[...] o direito à educação comparece nas suas duas facetas (de primeira e segunda dimensão ou geração), enquadrado como uma realidade social e individual. Com efeito, insuflado e robustecido pelos caracteres de índole coletiva, extraídos das últimas gerações de direitos, vislumbra-se o direito à educação com conteúdo multifacetado, envolvendo não apenas o direito à instrução como um processo de desenvolvimento individual, mas, também o direito a uma política educacional, ou seja, a um conjunto de intervenções juridicamente organizadas e executadas em termos de um processo de formação da sociedade, visando oferecer aos integrantes da comunidade social instrumentos a alcançar os seus fins.

Por um aspecto, o direito à educação exige uma postura de abstenção do Estado, respeitando a autonomia individual, a autodeterminação da pessoa e dentre outros, o respeito a liberdade de ensino, pesquisa, aprendizado e a autonomia universitária. Por outra banda, o direito à educação exige uma postura ativa do Estado, no sentido de interferir na realidade social, com o propósito de criar condições materiais, para que esse direito possa ser exercido, por meio da implementação de políticas públicas.

Desse modo, o Estado deverá financiar a educação pública de qualidade, garantindo o acesso universal e gratuito ao ensino em estabelecimentos oficiais, atendimento diferenciado ao educando com necessidades especiais e várias outras ações que exigem a criação de políticas públicas, controle, acompanhamento e investimento estatal, nas diversas esferas políticas da federação .

Apesar do conteúdo programático do direito à educação, tendo em vista que exige uma série de ações paulatinas da sociedade e do Estado, envolvendo planejamento e dotações orçamentárias, resta claro, porém, que a concretização desse direito não

configura uma mera recomendação de ordem moral, porque, conforme impõe o art. 5.º, § 1.º, da CF, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Nesse sentido, o próprio ordenamento jurídico prevê uma série de instrumentos processuais e administrativos para a adequada tutela ao direito à educação nos casos de inadimplemento ou má prestação deste direito fundamental pelo Estado.

Tal é a relevância da proteção e defesa do direito à educação, que Eduardo Pannunzio (2009, 70-72) elenca as ações que poderão ser utilizadas quando este direito fundamental for negligenciado. São as ações judiciais: a) mandado de segurança, b) mandado de injunção, c) ação popular, d) ação civil pública, e) ação direta de inconstitucionalidade, f) arguição de descumprimento de preceito fundamental, g) ação judicial da LDB e os instrumentos administrativos: a) direto de petição, b) Conselho Nacional de Educação e c) Conselhos Tutelares, na atuação específica dos direitos educacionais de crianças e adolescentes.

Em consonância com as notas explicativas, pode-se observar que tanto o cidadão, quanto os legitimados para a propositura de ações coletivas e de controle de constitucionalidade dispõem de amplos mecanismos processuais de acesso à justiça, proporcionando meios adequados e eficientes à efetiva tutela do direito à educação.

Isso porque a educação integra o mínimo existencial para que a pessoa humana possa viver e se desenvolver com dignidade. Sobre este assunto, Clarice Seixas Duarte (2004, online, acesso em 03/05/2015), prescreve que:

Em primeiro lugar, vale lembrar que o direito à educação não se reduz ao direito do indivíduo de cursar o ensino fundamental para alcançar melhores oportunidades de emprego [...]. Deve ter como escopo o oferecimento de condições para o desenvolvimento pleno de inúmeras capacidades individuais, jamais se limitando às exigências do mercado de trabalho, pois o ser humano é fonte inesgotável de crescimento e expansão no plano intelectual, físico, espiritual, moral, criativo e social.

Nessa perspectiva, a Constituição Federal de 1988 fundamentou os marcos democráticos e de essencialidade da tutela do direito educacional, estabelecendo as linhas diretas para o legislador infraconstitucional pudesse assegurar o exercício e a concretização deste direito.

Elencando a legislação ordinária pertinente ao assunto, Nina Ranieri (2013b, p. 69), aponta que:

As normas constitucionais desdobram-se nas Constituições e leis ordinárias estaduais, nas Leis Orgânicas e ordinárias municipais, e em diversas leis federais que conferem substância ao conjunto das disposições referentes à exigibilidade do Direito à Educação, a saber: (a) o Plano Nacional de Educação (Lei n. 10.172/2001); (b) O Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA (Lei n. 8.069/90); (c) A Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB (Lei n. 9.394/96); (d) A Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85); (e) a Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/92) e as leis de responsabilidade administrativa (Lei n. 1.079/50, e Decreto-Lei 201/67)

Não obstante, insta salientar que o Estado brasileiro é signatário de vários instrumentos internacionais que conferem especial atenção ao direito educacional. Em especial, pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Convenção sobre os Direitos da Criança e a Declaração Mundial sobre Educação Para Todos, os quais visam reunir esforços para a expansão da educação e a consequente inclusão social de crianças, jovens

e adultos para a construção de uma cidadania voltada para a prática emancipatória e de fruição dos direitos humanos (CAGGIANO, 2009, p. 24-25).

1.1 O Conteúdo Normativo da Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional – LDB

O artigo 22, XXIV, da CF, afirma que compete privativamente à União legislar sobre as diretrizes e bases da educação nacional. Assim, em 10/12/1996, aprovou-se a Lei 9.394/96, de abrangência nacional, com o objetivo de delinear um paradigma sobre o sistema de ensino brasileiro, estabelecendo metas e políticas públicas voltadas para a prática educacional, bem como ressaltando a importância da cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios e estabelecendo o regime publicístico para o sistema privado de educação.

Na realidade, a LDB realiza um desdobramento dos mandamentos constitucionais, detalhando os direitos e deveres das pessoas jurídicas de direito público interno, das instituições, públicas ou privadas, dos professores e dos alunos, discriminando o conteúdo da Educação básica (Educação Infantil, Ensino Fundamental e Ensino Médio) e do Ensino Superior, sem descuidar, da Educação de Jovens e Adultos, da Educação Profissional e da Educação Especial.

Na ótica de Francisco Aparecido Cordão (2013, p. 161), a grande inovação da LDB não foi de disciplinar o regime de colaboração entre os Entes federados e o setor privado, mas sim, por dispor nos arts. 12 e 13, sobre as obrigações das instituições e dos docentes:

A LDB foi além, definindo, com clareza, respectivamente, as incumbências dos estabelecimentos de ensino e dos docentes, uma vez que é aí que acontece efetivamente a Educação. Interpretar corretamente esses dois artigos da LDB é uma tarefa das mais importantes para os Educadores brasileiros, no cumprimento de sua missão constitucional, e para garantir, de fato, educação de qualidade a todos e a cada um dos cidadãos.

Resta evidente que, para que tais propósitos sejam alcançados e que a escola possa adimplir com estas obrigações são imprescindíveis a implementação de políticas de valorização do professor e das instituições de ensino, bem como a efetivação de programas de aperfeiçoamento profissional dos educadores e de controles qualitativos do conteúdo ensinado aos educandos.

2 A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO GÊNERO FEMININO E A LEI MARIA DA PENHA: A INCLUSÃO EDUCACIONAL DAS MULHERES

Em decorrência de um dos aspectos da dignidade humana, a Constituição Federal consagrou o princípio da igualdade, o qual resta evidenciado no artigo 5.º, inciso I, que “homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações”, sendo vedada qualquer diferenciação injustificada. Do conteúdo normativo do princípio da igualdade, é possível

auferir a existência de vetores axiológicos, que explicitam a existência da igualdade formal e da igualdade material.

No aspecto formal, a igualdade visa conferir um tratamento estritamente isonômico entre os gêneros, desconsiderando o contexto histórico e cultural em que estão inseridos, a fim de impedir que sejam criadas diferenciações arbitrárias e privilégios infundados. Já sob o prisma da igualdade material, objetiva-se proteger a igualdade efetiva de condições, de acordo com a realidade social e econômica, a fim de se garantir um tratamento isonômico, por meio de discriminações positivas, desigualando os desiguais, para que a igualdade e a dignidade sejam alcançadas.

Explicando o conceito de discriminação, Tove Stang Dahl (1993, p. 41) assevera que:

Distingue-se entre discriminação negativa positiva avaliando-se o seu objectivo e os seus efeitos. A discriminação negativa contra um dos sexos, directa ou indirectamente, significa sempre uma discriminação positiva em favor do outro e vice-versa. [...] A razão para assim ser é a de que a discriminação positiva em favor das mulheres tem frequentemente na sua origem uma posição inicial e continuada de fraqueza destas, que se pretende precisamente contrabalançar com acções afirmativas (DAHL, 1993, p. 45).

Conforme já mencionado anteriormente, a Constituição da República albergou, de maneira ampla, as diversas dimensões de direitos humanos, sendo que o Estado brasileiro não se satisfaz apenas com a tutela dos direitos individuais. Exige a igual proteção dos direitos de segunda dimensão expressos pelas prestações materiais, que, teleologicamente, asseguram a igualdade real e propiciam a construção de uma sociedade mais justa, inclusiva e com igualdade de oportunidades.

O texto constitucional preocupou-se em ressaltar a igualdade material entre homens e mulheres em vários aspectos da vida social, como por exemplo, o art. 5.º, L, art. 7.º, XVIII, XX, XXX, o art. 226, § 5.º. No que se refere ao direito à educação, realça como princípio norteador da igualdade de condições para o acesso e permanência na escola e de modo indireto, além de efetivar a educação infantil, viabiliza o estudo e o trabalho das mulheres, ao prever no art. 7.º XXV e no art. 208, IV, CF, a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”

Não obstante, em razão da histórica discriminação sofrida pelas mulheres e da violência vivenciada no âmbito das relações domésticas e familiares, promulgou-se a Lei 11.340/06, popularmente conhecida como Lei “Maria da Penha, conferindo eficácia plena ao disposto no art. 226, § 8.º, CF.

A legislação infraconstitucional supracitada também reforça a importância da tutela dos direitos fundamentais e do acesso ao direito à educação para que a mulher possa realmente se emancipar e para que seja efetivamente construída uma cultura de paz entre os gêneros por meio de uma ação integrada e cooperativa entre as diversas instâncias de Poder e os Entes que compõem a federação brasileira.

Nesse sentido, é possível destacar os arts. 8.º, V, VIII e IX, 35, V, da Lei “Maria da Penha”, que, por um lado, possuem a finalidade de assegurar o acesso das mulheres ao sistema de educacional e, por outro, visam garantir a inclusão de disciplinas específicas nos currículos escolares de todos os níveis de ensino, de conteúdos que relativos a igualdade de gênero e ao problema da violência contra a mulher, sem descuidar da conscientização e educação cidadã do agressor e da sociedade como um todo.

A valorização do papel da escola como espaço de fomento de políticas educativas é retomada no inciso IX [...] A orientação não é de inserção de disciplina específica, mas de destaque, ou seja, abordagem transversal e oportuna, possível em muitas matérias. [...] O foco na educação é retomado uma vez mais no inciso VIII, que estabelece necessidade de programas educacionais que disseminem valores éticos [...]. trata-se de combater, através da educação e conscientização, a discriminação e o preconceito (HERMANN, 2007, 134-136).

Uma vez analisados os principais dispositivos jurídicos e constitucionais que conferem proteção a igualdade de gênero e os mecanismos específicos de tutela dos direitos educacionais das mulheres, passar-se-á a observação dos dados estatísticos que irão retratar o contexto social e a realidade do acesso à educação nas quais as mulheres estão inseridas.

2.1 A Disparidade Social Existente Entre o Acesso das Mulheres à Educação e a Taxa de Desocupação e Salários em Relação aos Homens

Segundo dados da PNAD, do IBGE (2011, p. 5), a população brasileira, no ano de 2011, era formada por 195,2 milhões de pessoas, sendo que as mulheres representavam 51,5% deste total.

A pesquisa demonstra que, no contexto brasileiro, as mulheres possuem mais anos de estudo em relação aos homens. Os números indicam que as mulheres tinham, em média, 7,5 anos de estudo, no ano de 2011, contra 7,1 anos de instrução dos homens (IBGE, 2011, p. 15).

Em consonância com as informações do Censo de 2010 (IBGE, 2010, p. 62), o percentual de homens, com 25 anos ou mais de idade, sem instrução ou com o ensino fundamental incompleto era de 50,8%, enquanto que esse indicador para o contingente masculino foi de 47,8% (IBGE, 2010).

Na mesma linha etária, os homens que tinham o ensino fundamental completo e o médio incompleto representavam 14,9%, contra 14,4% das mulheres. Ensino médio completo e superior incompleto 24,1% dos homens, face 25% das mulheres. Já quanto ao nível Superior completo 9,9% dos homens e 12,5% das mulheres (IBGE, 2010).

Todavia, a pesquisa demonstra que, embora as mulheres tenham mais anos de estudo, a taxa de ocupação do homem é bem maior que a das mulheres. Enquanto 74,5% dos homens tinham uma ocupação, apenas 50% estavam ocupadas (IBGE, 2011, p. 26).

Além disso, é preciso observar que, no setor de serviços domésticos, no ano de 2011, as mulheres ocupavam 94,8% do mercado, face aos 5,2% dos homens. Convém frisar que este índice permaneceu, praticamente, inalterado desde o ano de 2003 (IBGE, 2012).

No que tange ao rendimento médio real do trabalho das pessoas ocupadas, constata-se que o salário feminino é bem menor que o dos homens. No ano de 2011, o rendimento médio do trabalho das mulheres foi de R\$ 1.343,81 reais, constituindo somente 72,3% do que recebiam os homens (R\$1.857,63 reais) (IBGE, 2012).

A remuneração de mulheres com o mesmo nível de escolaridade dos homens ainda é menor em todos os níveis de instrução. Por exemplo, em 2011, as mulheres com 11

anos ou mais de estudo recebiam R\$ 1.706,39 reais, contra R\$ 2.467,49 reais da população masculina.

Verificou-se que nos diversos grupamentos de atividade econômica, a graduação superior não aproximou os rendimentos recebidos por homens e mulheres, pelo contrário, acentuou-se. No caso do comércio, por exemplo, a diferença de rendimentos para a escolaridade de 11 anos ou mais de estudo foi de R\$ 765,22 a mais para os homens em 2003 e de R\$ 665,03 em 2011. Quando a comparação foi feita para o nível superior, a diferença é de R\$ 1.611,74 e R\$1.559,60, respectivamente em 2003 e 2011. (IBGE, 2012, p. 17)

Ainda nesta vertente, é possível analisar que as mulheres, a partir do ano de 1998, obtiveram mais títulos de mestrado que os homens na seguinte proporção: Em 2009, 53,9% das mulheres concluíram o mestrado, contra 46,5% da população masculina (CGEE, 2012, p. 72).

Contudo, a remuneração média mensal das mulheres mestres no ano de 2009 era de R\$ 5.438,41 e a dos homens de R\$ 7.557,31. De acordo com o Centro de Gestão e Estudos Estratégicos – CGEE (2012, p. 24), a remuneração do gênero feminino era 42% menor que a dos homens mestres.

O quadro estatístico é semelhante no que se refere ao acesso feminino aos cursos de doutorados no país. No ano de 2004, as mulheres assumiram a liderança do número de obtenção de doutoramentos, sendo que, a partir daquele momento, o percentual de mulheres doutoras só cresceu, atingindo 51,5%, em 2008, enquanto os homens atingiram o patamar de 48,5% (CGEE, 2010, p. 41).

Uma vez mais depreende-se que a inclusão das mulheres nos sistemas de educação acabam por não refletir uma igualdade material nas condições empregatícias e de remuneração, pois também neste caso o sexo feminino percebe um salário inferior ao do sexo masculino.

No ano de 2008, as doutoras receberam, em média, 11% menos que os homens com o mesmo título acadêmico de modo que o sexo masculino obtinha um rendimento aproximado de R\$ 8.097,10 reais, contra R\$ 7.202,90 reais das mulheres (CGEE, 2010).

Em harmonia com o exposto, observa-se que, nas últimas décadas, muito se avançou em termos de acesso à educação das mulheres e diminuição da desigualdade entre os sexos, porém, conforme analisado, resta nítido que essa maior acessibilidade e grau de instrução das mulheres está sendo insuficiente para garantir a igualdade salarial e de oportunidades, visto que, na realidade social, o gênero feminino, nas mesmas condições que os homens, não têm o mesmo tratamento, refletindo os traços de uma cultura discriminatória, que ainda perdura na sociedade brasileira.

Comentando essa realidade, Vera Soares (2004, p. 176), esclarece que:

Houve uma maior escolarização das mulheres sem alteração na mesma proporção nas diferenças salariais entre homens e mulheres. Como consequência das grandes mudanças que têm ocorrido nos últimos tempos, podemos dizer que, se há um movimento em direção à inclusão (ampliam-se as conquistas de direitos), também se acentuam formas de precarização (tanto do trabalho como das condições de vida) e de exclusão social.

A educação não está adstrita ao ensino de conteúdos técnicos e formais, vai muito além disso, pois a educação, em sentido amplo, visa formar cidadãos conscientes dos seus direitos e deveres e, culturalmente, aptos a conviver em um mundo plural, onde as

peças possam se auto orientar, sem preconceitos e com tolerância, requisito indispensável para a inclusão dos diferentes.

Realidade bem diferente é a das mulheres encarceradas, que nem sequer possuem acesso à educação básica (ensino fundamental e médio). Conforme será analisado no próximo capítulo, o direito à educação está longe de ser concretizado para as mulheres presas, dificultando, ainda mais, sua ressocialização, pois convivem com a tripla discriminação: por ser mulher, por estar presa e por não possuir estudo.

3 A TUTELA DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO NAS LEGISLAÇÕES DE EXECUÇÃO PENAL E A REALIDADE PRISIONAL DE EXCLUSÃO DAS MULHERES

Muito se discute na doutrina a natureza jurídica da pena e da sua respectiva execução. A maioria dos doutrinadores defendem a teoria mista, a qual concilia o caráter retributivo (castigo, pagamento pelo mal praticado), com a finalidade preventiva (educativa e ressocializadora) da pena, no sentido de conscientizar a pessoa presa e criar condições de aprendizado (por meio da educação formal e profissionalizante) para que esta possa ser reintegrada na vida em sociedade.

Ressaltando o caráter preventivo da pena e as dificuldades de se efetivar tais direitos no regime fechado, Mirabete (2004, p. 25), sublinha que:

Assim, tem-se entendido que à idéia central da ressocialização há de unir-se, necessariamente, o postulado da progressiva humanização e liberação da execução penitenciária, de tal maneira que, asseguradas medidas como as permissões de saída, o trabalho externo e os regimes abertos, tenha ela maior eficácia.

Assim, toda a legislação pátria, concernente a execução e as penas, foi orientada conforme o princípio da humanização, o qual impõe o respeito a dignidade do reeducando, proibindo-se penas de caráter cruel e infamante.

Neste âmbito, a Constituição Federal brasileira dispôs, em seu art. 5.º, regras gerais sobre as penas e o seu cumprimento, tutelando, em diversas passagens, o princípio da humanização, como por exemplo: a proibição da pena de morte, de caráter perpétuo, de trabalhos forçados, de banimento e cruéis, o respeito à integridade física e moral dos presos, a positivação de normas específicas para a tutela dos direitos das mulheres (como a criação de estabelecimentos distintos para o cumprimento da pena, de acordo com a natureza do delito, idade e sexo do apenado) e a obrigação do Estado em criar condições para que às presidiárias possam permanecer com os seus filhos durante o período da amamentação.

A Constituição de 1988 recepcionou a Lei de 7.210/84 – Lei de Execução Penal – que foi promulgada com o objetivo de regulamentar a forma em que as penas e as prisões cautelares serão cumpridas, estabelecendo os direitos e deveres dos reeducandos, bem como o regime de cooperação entre os Órgãos da Execução, Entes federados e a sociedade como um todo.

Em regra, caberá à União, Estados e Distrito Federal legislarem e determinarem a concretização das políticas públicas previstas na Lei de Execução Penal, criando condições para que, tanto os estabelecimentos prisionais sejam construídos adequadamente quanto os direitos dos encarcerados sejam dignamente respeitados, com o objetivo de promover sua reeducação e reinserção no convívio social.

Segundo o art. 3.º, I e II, da Resolução n.º 2 de 2010, competirá as Secretarias de Educação dos Estados e do Distrito Federal, em articulação com a Secretaria de Justiça, coordenar e implementar as políticas de ensino nos estabelecimentos prisionais, cabendo ao Ministério da Educação, criar condições de ensino nas penitenciárias federais e celebrar convênios com os Estados, Distrito Federal e Municípios. Integrará as receitas estaduais e distritais da educação, outras fontes federais, sem exclusão do Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB.

No entanto, o art. 1.º, da LEP, ressalta o caráter ressocializador e educativo da pena, que deverá envolver, não, apenas, o Poder Público, mas, também, entidades privadas e a sociedade em geral. Sobre este aspecto, Maurício Kuehne (2013, p. 27) frisa que:

O primeiro aspecto a ser consignado deve ser para chamar a atenção dos segmentos sociais no sentido de que a responsabilidade para com a Execução da Pena é de todos. Não se pense [...] que todos os problemas devem ser resolvidos pelo Judiciário ou pelo Poder Executivo. Ledo engano, Todos os Poderes e toda a sociedade, por seus diversos segmentos deve ser mobilizada, pois o retorno do homem, após o cumprimento da pena, se dará, exatamente, dentro da sociedade que temporariamente o alijou.

Ainda nessa perspectiva humanista, pode-se menciona o art. 3.º, da LEP, que garante ao apenado a fruição de todos os direitos que não foram atingidos pela pena, proibindo qualquer espécie de discriminação. Toda a legislação é voltada para assegurar o tratamento digno, sendo dever do Estado garantir o retorno à convivência social do reeducando e fornecer-lhe assistência material, à saúde, jurídica, educacional, social e religiosa.

Resta claro, portanto, que o Estado deverá assegurar o acesso à educação das pessoas presas, como função pedagógica da pena e como forma de viabilizar o futuro convívio social do encarcerado. Seguindo, também, os dispositivos do Tratado Internacional sobre Regras Mínimas para o Tratamento de Prisioneiros da ONU, a LEP previu que o ensino de primeiro grau será obrigatório.

Assim, os sentenciados presos sem instrução de primeiro grau têm o direito, como qualquer pessoa, de recebê-la do Estado. É mister que, nos estabelecimentos penais, haja escola ou um dos substitutivos de escola (na configuração tradicional) que atualmente existem, ou, [...] pelas escolas públicas ou particulares que ofereçam cursos especializados, em sistema de convênio (art. 20 da LEP). A frequência à escola ou a participação nas atividades que a substituem é matéria a ser definida pela lei local e complementada, eventualmente, por regulamentos de cada sistema prisional. (MIRABETE, 2004, p. 76)

A Resolução 14 de 1994, que estabelece Regras Mínimas para o Tratamento do Preso no Brasil, destina capítulo específico à assistência educacional, dispondo em seu art. 40, parágrafo único, que os cursos de alfabetização serão obrigatórios aos analfabetos (BRASIL, 1994, online, acesso em: 27/03/15).

De modo semelhante, o Plano Nacional de Educação ratifica este compromisso e objetiva estender o acesso da pessoa presa ao ensino médio, nos seguintes termos: “implantar, em todas as unidades prisionais [...] programas de educação de jovens e adultos de nível fundamental e médio, assim como a formação profissional” (BRASIL, 2014, online, acesso em: 27/03/2015).

Na mesma esteira, o art. 19, LEP, garante o acesso ao ensino profissional, em nível de iniciação ou aperfeiçoamento, sendo assegurado às mulheres tratamento diferenciado,

com a oferta de cursos adequados a sua condição. Neste diapasão, o art. 3.º, da Resolução 2 de 2010, tutela o acesso educacional nos presídios, conforme as necessidades de inclusão e acessibilidade, estabelecendo o gênero como um dos fatores (BRASIL, 1984).

Dentre outras garantias, a Resolução indicada acima, prevê, inclusive, a confecção de materiais didáticos e de políticas pedagógicas específicas para atender as pessoas em regime de privação de liberdade, assim como a implantação de novas tecnologias de ensino, como os programas de Educação a Distância – EAD e a Educação Jovens e Adultos a distância – EJA. Do mesmo modo, pode-se citar o art. 42, da Resolução 14 de 1994.

Para que os objetivos sejam alcançados, o art. 7.º, da Resolução 2 de 2010, afirma que as Entidades federadas responsáveis deverão “propiciar espaços físicos adequados às atividades educacionais, esportivas, culturais, de formação profissional e de lazer, integrando-as às rotinas dos estabelecimentos penais” (BRASIL, 2010).

Nesse sentido, tanto o art. 41, da Resolução 14 de 1994, quanto o art. 21 da LEP, impõe que os estabelecimentos prisionais deverão ter uma biblioteca dotadas de livros informativos, educativos, recreativos, instrutivos e didáticos para auxiliar na formação cultural, profissional e espiritual do reeducando (BRASIL, 1994).

Levando-se em consideração as particularidades do regime de cumprimento de pena, deve-se garantir, também, condições de acesso e permanência no Ensino Superior (graduação e pós-graduação), sendo que os Entes federativos devem “incluir objetivos e metas de educação em espaços de privação de liberdade que atendam as especificidades dos regimes penais previstos no Plano Nacional de Educação”.

O Governo Federal expediu o decreto presidencial n.º 7.626 de 2011, instituindo o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional – PEESP, com o escopo de ampliar e qualificar o acesso educacional no ambiente prisional, estabelecendo diretrizes e objetivos, com atuação conjunta e facultativa de todos os Entes da federação (BRASIL, 2011).

O enfoque principal deste decreto é firmar convênios e criar uma cooperação entre União, Estados, Distrito Federal e Municípios, constituindo um plano conjunto e integrado para a consecução e implementação das políticas públicas educacionais nos presídios, competindo ao Ministério da Educação, dentre outros, promover a distribuição de livros didáticos, fomentar programas de alfabetização e a capacitação de professores, sendo atribuição do Ministério da Justiça, conceder apoio financeiro para construção e reforma de espaços destinados à educação, orientar gestores do sistema prisional e acompanhar as estatísticas elaboradas pelo PEESP.

A legislação brasileira, conforme observado acima, além de viabilizar e garantir, por meio de várias formas e com a destinação de recursos financeiros específicos, o acesso à educação das pessoas presas, assegurando, inclusive, políticas públicas setorializadas para a inclusão das minorias, não descuidou do estímulo ao aprendizado, prevendo a remição pena, em razão dos dias estudados ou de cursos concluídos.

Da integralidade do art. 126, LEP (incluindo seus parágrafos e incisos), deduz-se que a remição poderá ser concedida as pessoas presas no regime fechado, semiaberto e aberto e aos presos provisórios e os que estão usufruindo da liberdade condicional, de forma que o Estado deverá criar condições para que o ensino seja desenvolvido, de forma presencial ou à distância.

Ocorre que, em razão da falta de implementação de políticas públicas adequadas, previstas na legislação, os ideais de reeducação e conscientização para o exercício da cidadania ficam distantes da realidade. Maurício Kuehne, (2013, p. 41) assevera que:

O quadro com o qual nos defrontamos, todavia, é deveras lastimável, posto que a assistência como um todo não vem sendo propiciada, com raríssimas exceções. Não se aperceberam, ainda, [...] que a falta de assistência é móvel ensejador a possibilitar o quadro dantesco com o qual nos deparamos. Nossos estabelecimentos penais tem sido palco de lamentáveis episódios que não se circunscrevem à órbita interna, mas sim, projetam nosso País, lamentavelmente, no contexto internacional como descumpridor de normas que o ratificou. O que se pretende, tão-só, é o asseguramento dos direitos dos presos [...] Nada mais. (KUEHNE, 2013, p. 41)

Conforme será analisado no próximo tópico, os direitos fundamentais das pessoas presas são negligenciados no Brasil, em especial, o direito à educação, pois são poucos os estabelecimentos prisionais que proporcionam o acesso a este direito.

Se por um lado as mulheres estão bem incluídas no sistema educacional, em consonância com os dados expostos no capítulo anterior, possuindo, inclusive, maior índice de instrução em relação aos homens, no âmbito prisional esta estatística não se sustenta, de forma que a lei vem sendo reiteradamente descumprida pela inércia estatal, impedindo o acesso à educação das mulheres presas e dificultando sua reintegração social.

3.1 A Análise dos Dados Educacionais do Sistema Prisional Brasileiro e a Exclusão das Mulheres em Razão da Ausência de Políticas Públicas de Ensino

Os dados iniciais já apontam para um grave problema de superlotação nos estabelecimentos prisionais femininos. Em harmonia com as informações extraídas do Relatório “Mulheres Presas” do Ministério da Justiça (BRASIL, 2011 online, acesso em: 27/03/15), depreende-se que no Brasil há 82 estabelecimentos prisionais para o sexo feminino, sendo que a população carcerária atinge 33.289 mulheres presas, com déficit de 13.827 vagas.

Constata-se, ainda, que a população carcerária feminina vem crescendo no último triênio, de modo que a “Região Norte apresentou um crescimento da população carcerária feminina na monta de 27%; a Região Sul apresentou um crescimento de 28%; a Região Nordeste apresentou 28%; a Região Sudeste: 8% e a Região Centroeste apresentou 9% de crescimento”. (BRASIL, 2011, p. 64, online, acesso em: 27/03/15).

O sistema penitenciário brasileiro, na grande maioria dos casos, não está adequado para respeitar os direitos fundamentais dos presos, muito menos quando se trata do gênero feminino, que exige uma série de políticas públicas específicas ao seu correto tratamento, que como visto, é garantido tanto pela Constituição Federal quanto pela legislação ordinária.

O diagnóstico nacional sobre as mulheres encarceradas elaborado pelo Ministério da Justiça (BRASIL, 2008, online, acesso em: 27/03/15), informa que, apenas, 19,61% das prisões femininas possuem berçários. Somente 16,13% dos mesmos possuem estrutura de creche. Além disso, apenas, 27,45% dos estabelecimentos prisionais femininos contam com estruturas diferenciadas para a custódia das gestantes.

É nítida a ausência de políticas públicas prisionais, principalmente, aquelas voltadas ao tratamento das questões de gênero:

Verificar a influência de ações públicas que proponham a reformulação epistemológica feminista no âmbito penitenciário é urgente, de forma notória ao romper com os estereótipos de gênero procedendo a um novo sentido de efetivar políticas criminais mais humanas para as mulheres encarceradas, mediante estratégias de

esclarecimento, conscientização e politização de todos os sujeitos envolvidos no processo. À medida que se pretende, cada vez mais, uma transição paradigmática nas ambiências prisionais, especialmente ao ressignificar a dicotomia prevenção-ressocialização, bem como ao buscar proposições que não se constituam tão somente em legitimadoras do poder seletivamente punitivo, mas em perspectivas humanas mais adequadas à conjuntura democrática, é possível que o feminismo e a criminologia dialoguem no sentido de construir verdadeiras bases jurídico-epistemológicas instrumentalizadoras de estratégias criminais que se articulem com efetivas políticas públicas de gênero na seara penitenciária (D' OLIVEIRA; CAMARGO, 2014, p. 20).

A situação também é crítica no âmbito educacional, refletindo o desrespeito aos postulados da humanização da pena e de seu caráter educativo/ressocializador, visto que maioria das mulheres não tem sequer o ensino fundamental completo, veja: Do contingente feminino encarcerado, 44% das mulheres possuem o ensino fundamental incompleto, apenas 13% concluíram o ensino fundamental, 12% não concluíram o ensino médio, 11% têm o ensino médio completo, somente 1% possui o ensino superior completo e 5% são analfabetas (BRASIL, 2011, p. 65).

A maioria das mulheres presas são jovens, sendo que 26% possuem a faixa etária entre 18 a 24 anos de idade, fase em que deveriam estar matriculadas em algum curso profissionalizante, técnico ou superior. Encontram-se nessa mesma situação 23% das mulheres entre 25 a 29 anos, 21% entre 35 e 45 anos, 18% entre 30 a 34 anos, 9% entre 46 a 60 anos e 1% com mais de 60 anos de idade (BRASIL, 2011, p. 64).

Além de possuírem baixa instrução e qualificação profissional, são ínfimos os números de mulheres que estudam na prisão. Todos os Estados federados possuem um índice irrisório de mulheres presas que estão cursando o ensino regular, sendo que, somente, o Estado do Espírito Santo superou a metade da população carcerária, com aproximadamente 53,4% (BRASIL, 2011).

Os Estados com os piores desempenhos são: Paraná com 1,7% da população carcerária feminina cursando o ensino regular dentro de estabelecimento penitenciário; Bahia com 3,1%; Goiás com 4,9%; Rio de Janeiro com 5,6%; Mato Grosso com 6,12%, Rio Grande do Sul com 6,5%; Santa Catarina com 7,5%; São Paulo com 11,35% e Rio Grande do Norte com 13%. Cabe sublinhar que no Distrito Federal, Amapá, Paraíba e Roraima não há nenhuma, absolutamente nenhuma presa estudando (BRASIL, 2011).

A pesquisa nacional elaborada pelo Ministério da Justiça, no ano de 2008, indica que, tão-somente, 25,43% das mulheres presas estão envolvidas em alguma atividade educacional. Dessa parcela, 52,25% cursam o ensino fundamental, 23,95% frequentam curso de alfabetização, apenas 17,04% cursam o ensino médio, 6,54% frequentam curso profissionalizante e 0,22% estão matriculadas no ensino superior (BRASIL, 2008).

Cabe destacar que, em apenas, 45,10% dos estabelecimentos prisionais femininos é possível remir a pena por meio do estudo. Embora a lei assegure que toda unidade penitenciária deva ter uma biblioteca, as informações demonstram que 31,77% das prisões não possuem espaços literários. (BRASIL, 2008)

Dos estabelecimentos que possuem biblioteca, somente, um pouco mais da metade (51,43%) estão instaladas em locais próprios, sendo que os livros, na grande maioria dos casos (65,71%) são oriundos de campanhas de doações, o que demonstra a falta de seriedade e comprometimento do Estado em realmente planejar e criar uma política pública efetiva para atender, por meio da pena imposta, os objetivos constitucionais da educação e da ressocialização. (BRASIL, 2008)

Comentando esta realidade, Ellen Taline de Ramos (2009, p. 22-23) frisa que:

Dessa forma, embora existam escolas no sistema penitenciário, são inexistentes políticas públicas educacionais que atendam a realidade das unidades carcerárias, além disso, constatou-se que as atividades desenvolvidas (educação e trabalho) não visam à promoção da cidadania, mas simplesmente à terapia ocupacional ou passatempo, a fim de combater a ociosidade e, embora estas atividades existam nos presídios há décadas, não há ações e projetos voltados a esta realidade [...]

Resta evidente, portanto, que, para além do problema da falta de implementação fática dos preceitos abstratos da lei, a questão primordial é a forma em que a educação é abordada nos presídios, visto que o acesso ao ensino não deve ser interpretado como uma atividade paliativa, mas sim, como o principal objetivo da pena, fornecendo instrumentos intelectuais e de trabalho ao reeducando e constituindo exercício fundamental para o desenvolvimento da cidadania.

Sem a observância das finalidades mencionadas acima, a prisão somente reforçará a sua lógica estigmatizante e excludente, sendo que estes efeitos são intensificados em relação ao gênero feminino:

[...] a condição da mulher no bojo do sistema sociocultural é marcada por processos históricos de opressão e discriminação. Percebe-se que os papéis sociais atribuídos à mulher foram se consolidando no âmbito da reprodução da desigualdade de gênero e sendo este segmento já discriminado, torna-se ainda mais grave a vulnerabilidade da mulher presa, que na maioria dos casos é pobre, tem baixa escolaridade e não possui profissão definida. (SANTA RITA, 2006, p.39)

Dessa forma, as prisões cumprem, apenas, o paradigma de vigilância e punição, por meio de um procedimento disciplinatório de repetição e padronização de comportamentos, para a formação de seres dóceis, sem consciência crítica e prontos para obedecer. (FOUCAULT, 2000)

Em uma perspectiva mais negativa, a qual ressalta as deletérias consequências humanas e sociais da prisão, Zygmunt Bauman (2005) afirma que com o advento da pós-modernidade, o Estado nem sequer teria mais o interesse de recuperar e ressocializar a pessoa refratária ao sistema social. Como não há mais vagas disponíveis no mercado de trabalho (em virtude da tecnologia, da mecanização, dentre outros fatores), não há o que se fazer com um ex-presidiário desempregado, pois este não terá condições de se adequar e participar de uma sociedade, cuja a principal atividade é o consumo.

Nesse contexto de exclusão, as prisões funcionariam como depósitos de lixo humano, desempenhando a exclusiva função de segregar a pessoa e deixá-la bem longe da sociedade, ao ponto de ser esquecida.

Separar de modo estrito o “refúgio humano” do restante da sociedade, excluí-lo do arcabouço jurídico em que se conduzem as atividades dos demais e “neutralizá-lo”. O “refúgio humano” não pode mais ser removido para depósitos de lixo distantes e fixado firmemente fora dos limites da “vida normal”. Precisa, assim, ser lacrado em contêineres fechados com rigor. O sistema penal fornece esses contêineres. [...] Na melhor das hipóteses, a intenção de “reabilitar”, “reformatar”, “reeducar” e devolver a ovelha desgarrada ao rebanho é ocasionalmente louvada da boca pra fora – e, quando isso acontece, se contrapõe ao coro raivoso clamando por sangue [...] (BAUMAN, 2005, p. 107)

O sistema penitenciário brasileiro retrata, em consonância com os dados apontados, o dramático quadro acima vislumbrado por Bauman (2005).

Apesar da crítica exposta, cumpre frisar que os objetivos e finalidades do Estado são diametralmente opostos, visto que o Ente estatal possui o dever constitucional de criar e implementar suficientemente as políticas públicas sociais, sob pena de desprezar, não só, os direitos fundamentais das mulheres encarceradas, mas, sobretudo, de descumprir e violar, de maneira flagrante e irresponsável, os fins para os quais fora criado.

Sobre esta importante missão constitucional do Estado, Thiago de Lima Breus (2007, p. 261), ressalta que:

O dever constitucional de ação, nesse passo, acaba por ser uma das condições para que se possa falar e proibição de insuficiência, porquanto, assim como se exige que o Estado atue, exige-se, segundo este postulado, que a ação seja suficiente para o exercício integral do direito do titular. Não há margem, nem argumento jurídico suficiente para se afastar a existência do dever estatal correspondente à proibição da insuficiência relativamente aos Direitos Fundamentais sociais, até mesmo porque a prestação desses direitos foi colocada pelo constituinte brasileiro como um “Direito de todos e dever do Estado”.

É de se notar que tais políticas públicas devem ser concretizadas pelo Estado, com a indispensável participação da sociedade civil, para que seja estabelecido um regime de cooperação entre as Instituições e a sociedade em geral, a fim de que tais políticas sejam preenchidas axiologicamente de legitimidade democrática.

O princípio democrático impõe e a própria legislação ratifica a imprescindibilidade desta cooperação entre Estado e sociedade, principalmente, conforme já analisado nos capítulos anteriores, na implementação do direito e acesso à educação e também na concretização dos objetivos ressocializadores da pena, os quais prescrevem a necessidade do diálogo construtivo e descentralizado entre os diversos setores sociais.

As políticas públicas prisionais devem ser efetivadas com urgência e as já prestadas, de modo totalmente ineficiente, deverão ser complementadas de maneira satisfatória, com a respectiva construção de estabelecimentos prisionais exclusivamente femininos e com a reserva de espaços culturais para a leitura (com a estruturação de bibliotecas e implementação de tecnologia para o ensino de longa distância) e para o exercício digno da educação, desde a alfabetização e cursos profissionalizantes até o ensino superior ou de pós-graduação, sendo ministrados conteúdos emancipatórios que, de fato, atendam os preceitos da cidadania, com ampla participação e envolvimento de diversos setores sociais, que atendam, na prática, todo o conteúdo normativo previsto na legislação.

Só assim as mulheres presas poderão ter uma perspectiva melhor de vida. A educação inclusiva, voltada para a cidadania e para o aprendizado de habilidades profissionais constitui requisito indispensável para que a pena deixe de gerar, pura e simplesmente, a exclusão pela exclusão, mas sim seja capaz de adimplir com os seus ideais de reeducação e reinserção social, assegurando os direitos fundamentais do gênero feminino e o desenvolvimento de uma convivência harmônica entre os diferentes, com a tão almejada igualdade real/material entre os sexos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A educação constitui direito humano amplamente tutelado pela Constituição e pela legislação ordinária, possuindo caráter de imprescindível fundamentalidade, tendo em vista que a educação não é formada, apenas pelo ensino de técnicas formais de conhecimento e de transmissão de saber, mas, sobretudo, é um pré requisito essencial e indispensável para o exercício da cidadania e para a fruição responsável de todos os demais direitos.

Por essa razão, é que a educação foi tratada de maneira minuciosa pelo legislador constituinte, pois sua matéria esta disciplinada em mais de trinta e três artigos na Lei Maior, demonstrando, assim, sua relevância para a concretização da dignidade humana.

A educação é um direito complexo, formada pela imbricação de direitos fundamentais das diversas dimensões, visto que, ao mesmo tempo que exige uma postura ativa do Estado, como a concretização de políticas públicas, impõe o dever de abstenção, em prestígio a liberdade de ensino e de aprendizado.

A Lei de Diretrizes e Bases – LDB e o Plano Nacional de Educação desenvolveram, de modo mais detalhado os preceitos constitucionais, regulamentando o ensino formal (educação infantil, ensino fundamental e ensino médio) e o ensino superior, bem como a educação de jovens e adultos, a educação profissional e a educação especial. Institui-se, ainda, o regime de cooperação entre União, Estados, Municípios e Distrito Federal com a esfera privada e com a sociedade em geral.

A Constituição brasileira, ao fundar o Estado Democrático e Social de Direito, assegurou o direito a igualdade como preceito fundamental, porém, o seu conteúdo não é apropriadamente respeitado, somente, com a observância da igualdade perante a lei, visto que, em várias passagens, o texto constitucional impõe a concretização da igualdade material, ganhando relevância as questões de gênero.

Dessa forma, a mulher possui especial atenção do ordenamento jurídico, o qual impõe ações afirmativas para corrigir a desigualdade social existente entre os sexos. Nesse contexto, a própria Lei “Maria da Penha”, além de instituir uma série de instrumentos protetivos para a mulher em situação de violência, ratifica e assegura o acesso à educação das mulheres, por meio de políticas públicas específicas.

Apesar das mulheres já terem superado os homens em anos de estudo e a taxa de formação no ensino formal e superior, incluindo pós-graduação (mestrado e doutorado), ser maior, há, ainda, nítida diferença quanto à remuneração em relação aos homens.

Conforme observado no segundo capítulo, as mulheres desempenham 94,8% das atividades domésticas e considerando a taxa de pessoas ocupadas, as mulheres com o mesmo cargo e condição que o homem possui salário flagrantemente inferior, atingindo, apenas, 72,3%, do rendimento médio do sexo masculino. Uma mulher com título de mestrado obtém renda 42% inferior em relação aos homens com a mesma qualificação acadêmica.

De acordo com os dados, embora a mulher esteja mais incluída no sistema educacional que os homens, essa “vantagem” não se sustenta na realidade social, demonstrando que o problema não se restringe ao acesso à educação e a qualificação profissional do gênero feminino, mas sim, também, no combate ao silencioso preconceito que está arraigado na cultura machista e que ainda insiste em assombrar a conservadora sociedade brasileira.

O problema se torna mais grave, chegando a proporções dramáticas, quando se trata do acesso à educação das mulheres encarceradas. Muito embora a legislação executória penal garanta uma série de direitos aos reeducandos, dirigindo ações especialmente para as mulheres, como a construção de presídios femininos, cuidados

diferenciados as presas lactantes, dentre outros, somente, 25,43% das mulheres encarceradas desenvolvem alguma atividade educacional.

É importante frisar que Estados como Amapá, Paraíba, Roraima e o Distrito Federal não possuem nenhuma presa sequer que esteja estudando. A Lei de Execução Penal – LEP, garante que todo estabelecimento penitenciário deverá possuir um espaço reservado ao estudo, sendo obrigatório o oferecimento de ensino formal e instalação de biblioteca.

No entanto, a realidade é outra, 44% das mulheres não possuem o ensino fundamental completo. Em apenas 45, 10% das prisões, é possível remir a pena por meio do estudo, 31,77% das cadeias públicas não possuem espaço literário e 65,71% dos livros são oriundos de doações, demonstrando, desse modo, a precariedade das políticas públicas neste segmento.

O Estado e as suas instituições possuem uma responsabilidade constitucional bem delineada neste sentido, sendo que o inadimplemento do direito à educação nos presídios femininos, representa grave omissão, porque não só os objetivos da pena são desprezados, mas, acima de tudo, a própria cidadania é ignorada junto com os direitos humanos mais caros que estão albergados na Constituição.

Não obstante o precário acesso das mulheres presas ao sistema educacional, insta sublinhar que, conforme contido na Resolução 2 de 2010, é imprescindível que a educação seja voltada para a prática emancipatória da cidadania, com a confecção de materiais didáticos específicos aos reeducandos, visto que, o estudo de fórmulas e a repetição de conceitos abstratos, sem que seja evidenciado que tais matérias possuem aplicabilidade social prática, a encarcerada não terá oportunidade de refletir sobre a sua condição e irá apenas reproduzir conceitos exaustivamente passados de geração para geração, sem racionar criticamente.

Sem a implementação de políticas públicas educacionais nos presídios, o encarceramento, segundo Foucault (2000), apenas, cumprirá o seu propósito de vigilância e punição, ou, ainda, pior, conforme exposto por Bauman (2005), somente executará a pena, com o objetivo deixar a pessoa bem longe da sociedade, como se ela fosse um objeto descartável.

Assim, para que a igualdade material entre os sexos seja alcançada e a educação seja realmente um instrumento de emancipação e exercício para a cidadania, urge frisar que as finalidades ressocializadoras da pena deverão ser colocadas em prática, pois a educação é elemento fulcral para conscientização das mulheres presas. Afinal, não existe dignidade humana sem educação, que é condição vital e indissociável para a reinserção social e no mercado de trabalho, das mulheres presas.

REFERÊNCIAS

ANTÃO, Renata Cristina do Nascimento. O Direito à Educação do Adolescente em Situação de Privação de Liberdade. Dissertação de Mestrado. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2140/tde-12022014-145037/fr.php>> Acesso em: 30/04/2015.

BAUMAN, Zygmunt. Vidas desperdiçadas. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005.

_____. Globalização: as conseqüências humanas. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BEDAQUE, José Roberto dos Santos. Direito e Processo: Influência do direito material sobre o processo. 2ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de direito penal: Parte geral 1. 11ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 25ed. atual. São Paulo: Malheiros Editores, 2010.

BRASIL. Lei 13.005/2014. Plano Nacional de Educação – PNE. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L13005.htm>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA 2011. Mulheres Presas - Dados Gerais. Projeto Mulheres/DEPEN. Disponível em: <<http://portal.mj.gov.br/main.asp?ViewID=%7B71FD341F-0531-4BAB-A567-72586745CB18%7D¶ms=itemID=%7B0892E0A1-29D4-4E56-AF95-6B4B6EC869A2%7D;&UIPartUID=%7B2868BA3C-1C72-4347-BE11-A26F70F4CB26%7D>>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Decreto n.º 7.626/2011. Institui o Plano Estratégico de Educação no âmbito do Sistema Prisional. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Decreto/D7626.htm. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Resolução n.º 2 de 2010. Dispõe sobre as Diretrizes Nacionais para a oferta de educação para jovens e adultos em situação de privação de liberdade nos estabelecimentos penais. Disponível em: <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gZ_npjPY6VAJ:portal.mec.gov.br/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gid%3D5142%26Itemid%3D+&cd=2&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. MINISTÉRIO DA JUSTIÇA 2008. Mulheres Encarceradas: Diagnóstico Nacional. Disponível em: <<https://www.google.com.br/#q=mulheres+encarceradas+2008>>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Lei 11.494/2007. Regulamenta o Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação – FUNDEB. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2007/lei/111494.htm>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Lei 11.340/2006. Cria Mecanismos para Coibir a Violência Doméstica e Familiar Contra a Mulher. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/111340.htm>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Lei 9.394/1996. Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional. Disponível em: <<http://portal.mec.gov.br/arquivos/pdf/ldb.pdf>>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Resolução 14 de 1994. Estabelecer regras mínimas para o tratamento de Presos no Brasil. Disponível em: <https://www.google.com.br/webhp?sourceid=chrome-instant&ion=1&espv=2&ie=UTF-8#q=resolu%C3%A7%C3%A3o+14+de+94>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Lei 7.210/84. Lei de Execução Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/17210.htm>. Acesso em: 27/03/2015.

_____. Universidade de São Paulo – USP. Biblioteca Virtual de Direitos Humanos. Regras Mínimas para o Tratamento dos Reclusos de 1955. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direitos-Humanos-na-Administra%C3%A7%C3%A3o-da-Justi%C3%A7a.-Prote%C3%A7%C3%A3o-dos-Prisioneiros-e-Detidos.-Prote%C3%A7%C3%A3o-contra-a-Tortura-Maus-tratos-e-Desaparecimento/regras-minimas-para-o-tratamento-dos-reclusos.html>. Acesso em: 27/03/2015.

BREUS, Thiago Lima. Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea. Belo Horizonte: Fórum, 2007.

BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico. São Paulo: Saraiva, 2006.

_____; VILARINO, Marisa Alves. A ordenação federativa da Educação brasileira e seu impacto sobre a formação e o controle das políticas públicas educacionais. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: Justiça pela qualidade na educação, ABMP, Todos pela Educação (organização). São Paulo: Saraiva, 2013b.

CAGGIANO, Monica Herman S. A Educação. Direito Fundamental. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Org.). Direito à Educação: aspectos constitucionais. São Paulo, Edusp, 2009.

CGEE, Centro de Gestão e Estudos Estratégicos. Mestres 2012: Estudos da demografia da base técnico-científica brasileira. Disponível em: Acesso em: 04/05/2015.

_____. Doutores 2010. Estudos da demografia da base técnico-científica brasileira. Disponível em: Acesso em: 04/05/2015.

COELHO, Inocência Mártires. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed., São Paulo: Saraiva, 2010.

CORDÃO, Francisco Aparecido. Regulação das Políticas públicas educacionais. In: Justiça pela qualidade na educação, ABMP, Todos pela Educação (organização). São Paulo: Saraiva, 2013.

D' OLIVEIRA, Mariane Camargo; CAMARGO, Maria Aparecida Santana. O Entrelaçamento da Epistemologia Feminista à Criminologia na Articulação de Políticas Públicas de Gênero em Âmbito Prisional: ressignificando um campo em formação. In: XXIII Encontro Nacional do Conpedi, 2014. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=5208093bcaf65dfe>>. Acesso em 28/04/2015.

DAHL, Tove Stang. O direito das mulheres: uma introdução à teoria do direito feminista. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1993.

DUARTE, Clarice Seixas. Direito Público Subjetivo e Políticas Educacionais. 2004. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000200012>. Acesso em 03/05/2015.

FACHIN, Zulmar. Curso de Direito Constitucional. 5ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir. 23ed. Tradução de Raquel Ramallete. Petrópolis: Vozes, 2000.

HERMANN, Leda Maria. Maria da Penha. Lei com nome de mulher. Campinas: Servanda, 2007.

INSTITUTO, Brasileiro de Geografia e Estatística. Pesquisa Mensal de Emprego: mulher no mercado de trabalho 2012. Disponível em: Acesso em: 04/05/2015.

_____. Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios – PNAD 2011. Disponível em: <http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/indicadores_sociais_municipais/tabela1a.shtm>. Acesso em 04/05/2015.

_____. Censo Demográfico 2010. Disponível em: Acesso em 04/05/2015.

KUEHNE, Maurício. Lições de Execução Penal: aspectos objetivos. 3ª ed. Curitiba: Juruá, 2013.

LIMA, Mariana Rodrigues de. A Educação como Direito no Brasil de 1988 a 2000 – Prisma da Legislação. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/8/8138/tde-16072007-112535/pt-br.php/>>. Acesso em 03/05/2015.

MAZZILLI, Hugo Nigro. A defesa dos interesses difusos em juízo. 24ª edição. São Paulo: Saraiva, 2011.

- MIRABETE, Julio Fabbrini. Execução Penal. 11.^a ed. São Paulo: Atlas, 2004.
- MORAES, Alexandre de. Direito Constitucional. 30.^a ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- MUNIZ, Maria Regina Fonseca. O Direito à Educação. São Paulo: Renovar, 2002.
- NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal. 6.^a ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- PANNUNZIO, Eduardo. O Poder Judiciário e o Direito à Educação. In: RANIERI, Nina Beatriz Stocco (Org.). Direito à Educação: aspectos constitucionais. São Paulo, Edusp, 2009.
- PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. Direito administrativo. 19ed. São Paulo: Atlas, 2006.
- PRADO, Luiz Regis (Coord.). Direito de Execução Pena. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- RAMOS, Ellen Taline de. Educação Escolar e Formação de Mulheres Presas. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_arquivos/12/TDE-2013-04-02T07:12:24Z-13504/Publico/Ellen%20Taline%20de%20Ramos.pdf>. Acesso em 03/05/2015.
- RANIERI, Nina Beatriz Stocco. Teoria do Estado: do Estado de Direito ao Estado Democrático de Direito. Baueri: Manole, 2013a.
- _____. O direito educacional no sistema jurídico brasileiro. In: Justiça pela qualidade na educação, ABMP, Todos pela Educação (organização). São Paulo: Saraiva, 2013b.
- _____. (Org.). Direito à Educação: Aspectos Constitucionais. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2009.
- SANTA RITA, Rosângela Peixoto. Mães e Crianças atrás das Grades: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Dissertação de mestrado, 2006. Disponível em: <http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/6377/1/2006_Rosangela%20Peixoto%20Santa%20Rita.pdf>. Acesso em: 03/05/2015.
- SANTOS; Cristina Vianna Moreira dos. Diniz; Gláucia Ribeiro Starling. Condição feminina, gênero e autovalorização. In: ALMEIDA; Angela Maria de Oliveira. SANTOS; Maria de Fátima de Souza; DINIZ, Gláucia Ribeiro Starling; ARAUJO; Zeidi Trindade (orgs.). Violência, exclusão social e desenvolvimento humano: estudos em representações sociais. Editora Universidade de Brasília, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6ed. rev. e atual. Porto Alegre: Editora do Advogado, 2006.

SOARES, Vera. O feminismo e o machismo na percepção das mulheres brasileiras. In: VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; Gustavo. As mulheres brasileiras no início do século XXI. In: VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de. (orgs.). A mulher brasileira nos espaços público e privado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 15-70.

TOURINHO, Fernando da Costa. Manual de Processo Penal. São Paulo: Saraiva, 2007.

VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; Gustavo. As mulheres brasileiras no início do século XXI. In: VENTURI, Gustavo; RECAMÁN, Marisol; OLIVEIRA, Suely de. (orgs.). A mulher brasileira nos espaços público e privado. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2004. p. 15-70.

Capítulo VI

A POSSIBILIDADE DA CUMULAÇÃO DOS ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE NA SEARA TRABALHISTA COMO INCLUSÃO DE DIREITOS AO TRABALHADOR

Marcos Paulo S. B. Merheb
Wagner Lima da Fonseca

RESUMO: Este artigo trata sobre a cumulação de adicionais remuneratórios trabalhistas, abrangendo a discussão em torno do recebimento da periculosidade e insalubridade de forma simultânea, visando responder indagações acerca do tema na seara do Direito do Trabalho. Por haver vedações em dispositivos legais presentes no Ordenamento Jurídico Brasileiro sobre a possibilidade de cumulação, onde são discutidas tais matérias trabalhistas, há controvérsias sobre a possibilidade do pagamento cumulado de referidos adicionais, bem como, sobre a aplicabilidade dos princípios nesta seara, uma vez que estes servem para dar uniformidade aos pareceres jurisprudenciais. O objetivo geral dessa pesquisa é analisar sob a óptica dos diversos dispositivos trabalhistas que regulamentam a matéria, especificamente no que concernem aos direitos e garantias fundamentais individuais sobre a possibilidade de cumulação. Adotou-se o método dedutivo, que parte de conceitos gerais para o particular, enquanto que o tipo de pesquisa adotado foi o bibliográfico, em razão da utilização de textos dos autores selecionados.

Palavras-chave: Cumulação de adicionais. Seara trabalhista. Periculosidade. Insalubridade. Pagamento.

INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva, a partir de um estudo da área do Direito do Trabalho, especificamente sobre os adicionais de insalubridade e periculosidade, verificar se há a possibilidade de cumulação no recebimento de tais verbas, com escopo em dispositivos legais presentes no Ordenamento Jurídico brasileiro.

A elaboração do presente artigo surgiu a partir da importância e proporção que as discussões acerca da vedação legal de referidos adicionais serem recebidos de forma concomitante, quando o trabalhador se encontrar exposto a riscos em ambiente insalubre. Com a análise dos direitos individuais assegurados na Constituição Federal e nas demais ramificações do direito, e devido à grande quantidade de ações no judiciário propostas por trabalhadores requerendo a cumulação dos adicionais, o tema torna-se de ser de grande relevância, ante a profundidade da análise jurídica a ele empregado para se chegar a um denominador comum.

É sabido por todos que o ordenamento jurídico pátrio, principalmente por meio da legislação trabalhista protege todo o trabalhador que executa suas funções em atividades

agressivas a saúde, de forma a amenizar o impacto dessas atividades no bem-estar do obreiro. Apesar desses malefícios ocasionados pelos agentes quando há o contato simultâneo, segundo entendimento majoritário da jurisprudência a partir da exegese de dispositivos da CLT, não há possibilidade do recebimento de ambos os adicionais cumulativamente,

Ocorre que referida vedação não é mencionada na Constituição vigente que, por sua vez, é posterior aos dispositivos celetistas proibitórios, sendo ainda combatida em diversos outros dispositivos legais presentes na legislação pátria, o que faz a doutrina indagar sobre a não receptividade do dispositivo que prevê a vedação.

Com isso, busca-se a análise sobre quais normas possibilitariam o pagamento cumulado dos adicionais em um caso concreto. E na hipótese de deferimento do pedido, analisar se tal decisão estaria contrariando as normas trabalhistas vigentes, ou de outra perspectiva, apenas abrangendo uma gama de direitos já previstos pela exegese dos princípios trabalhistas e principalmente na proteção de direitos individuais trazidos com o advento da Constituição Federal de 1988.

1 Direito do trabalho e Considerações Sobre as Normas Brasileiras

1.1 Conceito de Direito do Trabalho

Antes de uma análise específica sobre os adicionais trabalhistas e as implicações pertinentes à possibilidade de cumulação, é necessário primeiramente compreender o ramo do Direito que tutela as garantias provenientes da relação de emprego e condições análogas, sendo este o Direito do Trabalho. Como introdução ao tema, Delgado (2015) explica que a expressão relação de trabalho engloba, “a relação de emprego, a relação de trabalho autônomo, a relação de trabalho eventual, de trabalho avulso e outras modalidades de pactuação de prestação de labor (como trabalho de estágio, etc.)” Traduzindo assim, o gênero a que se acomodam todas as formas de pactuação de prestação de trabalho existentes no mundo jurídico atual.

Martins (2011) complementa os dizeres ensinando que “a relação de trabalho é o gênero, que compreende o trabalho autônomo, eventual, avulso, etc. A relação de emprego trata do trabalho subordinado do empregado em relação ao seu empregador.”

Continuando o raciocínio, Martins (2011) define que a expressão Direito do Trabalho, surgiu na Alemanha por volta de 1912 e toda “a matéria em estudo e concentrada nas relações do trabalho em geral e não de certas particularidades, como o trabalho na indústria ou no sindicato.” Nos ensinamentos dele, o Direito do Trabalho regula a relação de trabalho subordinado, através da aplicação de princípios e regras jurídicas.

Barros (2009), explica que tanto a relação de trabalho como a relação de emprego são modalidades de relação jurídica, “situação da vida social disciplinada pelo Direito, mediante a atribuição a uma pessoa (em sentido jurídico) de um direito subjetivo e a correspondente imposição a outra de um dever ou de uma sujeição”.

Dentre as divisões acadêmicas existentes acerca do tema, Delgado (2015) divide o ramo do Direito do Trabalho em Individual e Coletivo, para ele "o Direito Individual do Trabalho define-se como: complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam, no tocante às pessoas e matérias envolvidas, a relação empregatícia de trabalho, além de outras relações laborais normativamente especificadas", já o Direito Coletivo do Trabalho, “pode ser definido como o complexo de princípios, regras e institutos jurídicos

que regulam as relações laborais de empregados e empregadores, além de outros grupos jurídicos normativamente especificados, considerada sua ação coletiva, realizada autonomamente ou através das respectivas associações".

A reunião do Direito Individual do Trabalho e do Direito Coletivo do Trabalho cria o conhecido Direito Material do Trabalho. É o que se chama de Direito do Trabalho no sentido lato:

[...] complexo de princípios, regras e institutos jurídicos que regulam a relação empregatícia de trabalho e outras relações normativamente especificadas, englobando, também, os institutos, regras e princípios jurídicos concernentes às relações coletivas entre trabalhadores e tomadores de serviços, em especial através de suas associações coletivas (DELGADO 2015, p. 52).

Como o objetivo do artigo é justamente demonstrar quais os dispositivos legais adequados para aplicação em um determinado caso concreto, e necessário primeiro compreender melhor sobre os princípios que regem o ramo do Direito do Trabalho de modo a expor a estrutura hierárquica das normas jurídicas neste campo, e quais são as garantias individuais que superam a simples positividade de um determinado comando. Para tanto a análise do ordenamento jurídico como um todo e a premissa para alcançar o objetivo, partindo do estudo das garantias constitucionais destes direitos.

1.2 A Proteção Constitucional dos Direitos Trabalhistas

Desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, houve uma imbricação entre o Direito do Trabalho e Direito Constitucional. Segundo ensina Martins (2011), a relação do Direito do Trabalho como o Direito Constitucional "é muito estreita, pois a Constituição estabelece uma série de Direitos aos trabalhadores de modo geral, principalmente nos artigos. 7º a 11 da Constituição".

Complementando o raciocínio, Delgado (2015), ensina que a proteção dos Direitos Trabalhistas na atual Constituição Brasileira foi alavancada a um nível até então não experimentado, trazendo amparo jurídico a uma série de garantias individuais já defendidas pela doutrina. Segundo o autor, a Carta Magna de 1988 trouxe "o mais relevante impulso já experimentado na evolução jurídica brasileira, a um modelo mais democrático de administração dos conflitos sociais no país. Nas palavras de Delgado (2015):

A Constituição da República criou condições culturais, jurídicas e institucionais necessárias para superar antigo e renitente nóculo do sistema trabalhista do Brasil: a falta de efetividade de seu Direito Individual do Trabalho. Ao reforçar, substancialmente, a Justiça do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, a par de garantir o manejo amplo de ações coletivas pelos sindicatos, o texto máximo de 1988 acentuou a relevância da política pública de contínua inserção econômica e social dos indivíduos, por meio do Direito do Trabalho, no contexto da democratização da sociedade civil (DELGADO, 2015, p. 127).

Meirelles (2007), no que se refere as garantias trazidas pela Constituição Federal, ressalta:

[...] o legislador constitucional estabeleceu, no art. 7º, uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que visem à melhoria de sua condição social. Daí se tem que não se pode admitir norma constitucional derivada ou norma infraconstitucional que tenda a não gerar uma melhoria na condição social do trabalhador”. O disposto implica na vedação ao legislador de suprimir, neutralizar ou diminuir os direitos já alcançados por normas constitucionais ou infraconstitucionais (Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100. Acesso em: 25/10/2015)

Desta forma, a Constituição Federal de 1988 estabeleceu de forma direta e clara que não haveria qualquer retrocesso em direito adquirido, admitindo apenas sua expansão.

Para Martins (2011), os princípios “sustentam os sistemas jurídicos, dando-lhes unidade e solidez. São, portanto, vigas mestras do ordenamento jurídico. O princípio é a bússola que norteia a elaboração da regra, embasando-a e servindo de forma para sua interpretação. Segundo o mesmo autor, os princípios influenciam as regras, “sob certo aspecto, podem até limitar o ordenamento jurídico, erigido de acordo com os princípios”. Algo que é especialmente observado no Direito do Trabalho.

Mello (1996), ensina que princípio é por definição, “o mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas, compondo-lhes o espírito e servindo de critério para exata compreensão e inteligência delas, exatamente porque define a lógica e a racionalidade do sistema normativo, conferindo-lhe a Tônica que lhe dá sentido harmônico”. Adverte o autor que violar um princípio é muito mais grave que uma norma.

Martins (2011), ao citar os ensinamentos de Plá Rodrigues (2000), sobre os princípios específicos do Direito do Trabalho, menciona que são seis os aplicáveis: “a) princípio da proteção; b) princípio da irrenunciabilidade de direitos; c) princípio da continuidade da relação de emprego; d) princípio da primazia da realidade; e) princípio da razoabilidade; f) princípio da boa-fé”.

Sussekind (2005) demonstra a relação peculiar que os princípios têm no direito do trabalho, ao explicar o papel que exercem no ordenamento jurídico como um todo, a partir de cinco funções distintas: 1) Tem o caráter de preceitos jurídicos que podem ser aplicados por autoridade judicial; 2) têm caráter normativo, pois se aplicam a situações de fato e de direito; 3) são eles os preceitos que sustentam e tipificam o Direito do Trabalho; 4) orientam a interpretação da lei e solucionam situações de dúvida ou não previstas; 5) dão unidade e confiança à disciplina. A própria CLT estabelece o papel dos Princípios no Ordenamento Jurídico:

Art. 8º – As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por equidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público. Parágrafo único – O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste (BRASIL, CLT, ART. 8º. 2015).

Dentre todos princípios trabalhistas narrados, Delgado (2015) ensina que aquele que tem maior influência e é considerado o mais importante é o Princípio da Proteção, eis que visa atenuar no plano jurídico, o desequilíbrio inerente ao plano fático do contrato de trabalho.

Barros, (2011), ensina que o princípio da proteção é “consubstanciado na norma e na condição mais favorável, cujo fundamento se subsume a essência do Direito do Trabalho. Seu propósito consiste em tentar corrigir desigualdades, criando uma superioridade jurídica em favor do empregado, diante de sua condição hipossuficiente.”

De acordo com Nascimento (2010):

Os princípios, segundo a concepção jusnaturalista, são metajurídicos, situam-se acima do direito positivo, sobre o qual exercem uma função corretiva e prioritária, de modo que prevalecem sobre as leis que os contrariam, expressando valores que não podem ser contrariados pelas leis positivas, uma vez que são regras de direito natural (NASCIMENTO, 2010, p. 443).

Como demonstrado, no ramo do Direito do Trabalho os princípios desempenham papel de extrema importância na construção de relação jurídica mais preocupada com a realidade social dos envolvidos na relação trabalhista.

Tecidas tais considerações, frisa-se de que as normas no Direito do Trabalho são estruturadas a partir daquelas que visem a condição mais benéfica ao trabalhador, notadamente em situação de insalubridade e periculosidade.

2. A Remuneração e os Adicionais Trabalhistas

Martins (2011), ao tratar sobre o conceito de remuneração, explica que vários nomes são empregados para se referir ao pagamento feito por aquele que recebe a prestação de serviços e por aquele que os presta, destacando as palavras remuneração e salário. Segundo o mesmo

A remuneração vem de remuneratio, do verbo remuneror. A palavra é composta de re, que tem o sentido de reciprocidade, e numeror, que indica recompensar.” Já a palavra salario “deriva do latim salarium. Sal era a forma de pagamento das legiões romanas, que posteriormente foram empregados outros meios de pagamento de salários.

Nascimento (2010) pontua que salário é “o conjunto de percepções econômicas devidas pelo empregador ao empregado, não só como contraprestação do trabalho, mas também pelos períodos em que estiver à disposição daquele”.

Já Remuneração, segundo ensina Lopes (2004) é todo provento legal e habitualmente auferido pelo empregado em virtude do contrato de trabalho, se pago pelo empregador, seja pago por terceiro, mas decorrentes do contrato de trabalho. A remuneração, portanto, é o conjunto de retribuições recebidas pelo empregado pela prestação de serviços, de modo a complementar o seu salário.

Com isso, a remuneração pode ser definida como sendo a soma do salário com outros benefícios integrados a este. Já os adicionais trabalhistas são, conforme define Martins (2011):

São do ponto de vista trabalhista, é um acréscimo salarial decorrente da prestação de serviços do empregado em condições mais gravosas. Pode ser dividido em adicional de horas extras, noturno, de insalubridade, de periculosidade, de transferência.” Complementa ainda que, o adicional está “estritamente ligado à determinada condição, a um fato gerador, ou seja, só se recebe se tal estiver presente, e, na falta, deixa se de receber. Portanto, o adicional não é de maneira alguma simplesmente um bônus que o empregador concede, não é um prêmio” (MARTINS, 2011, p. 254).

Os adicionais trabalhistas segundo Delgado (2015), consistem “em parcelas contra prestativas suplementares devidas ao empregado em virtude do exercício do trabalho em circunstâncias tipificadas como mais gravosas”. Segundo o mesmo autor, os adicionais trabalhistas podem ser caracterizados da seguinte forma:

Tais parcelas salariais sempre terão caráter suplementar com respeito à parcela salarial principal recebida pelo empregado, jamais assumindo (ao contrário das comissões, por exemplo) posição central na remuneração obreira. De maneira geral, correspondem a uma expressão pecuniária (o que ocorre com todos os adicionais legais), embora não seja incompatível com a figura a criação estritamente convencional de uma parcela dessa natureza paga em utilidades (adicional de fronteira, por exemplo, pago através de uma utilidade funcional) (DELGADO, 2015, p. 815).

A CLT dispõe ainda no artigo 457 que: “compreendem-se na remuneração do empregado, para todos os efeitos legais, além do salário devido e pago diretamente pelo empregador, como contraprestação do serviço, as gorjetas que receber”.

Conforme visto, os adicionais exercem papel fundamental na composição da remuneração do empregado, sendo de suma importância a sua proteção por meio de legislação o direito na sua percepção, como a pesquisa abordara em específico os adicionais de Insalubridade e periculosidade, vejamos o conceito e natureza jurídica de cada um.

2.1. Do Adicional de Insalubridade

Martins (2011) define que “insalubre é o elemento prejudicial à saúde, que dá causa a doença. O prejuízo é causado diariamente à saúde do trabalhador. A insalubridade causa doenças e diz respeito à Medicina do Trabalho”.

Almeida (2007), complementa dizendo que o adicional de insalubridade, é pago quando o trabalhador exerce seu labor em condições insalubres acima dos limites de tolerância estabelecidos pelo Ministério do Trabalho, “estando o risco da insalubridade associado a todo e qualquer agente físico, químico ou biológico, que direta ou indiretamente produza dano a saúde do trabalhador de forma acumulativa e paulatina”.

A própria CLT em seu artigo 189, traz à baila definição pormenorizada ao adicional de insalubridade, segundo citado artigo serão consideradas atividades ou operações insalubres aquelas que, por sua natureza, condições ou métodos de trabalho, exponham os empregados a agentes nocivos à saúde, acima dos limites de tolerância fixados em razão da natureza e da intensidade do agente e do tempo de exposição aos seus efeitos.

Por sua vez, as atividades insalubres estão elencadas na Norma Regulamentadora (NR) 15 da Portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE), que

descreve os agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde do obreiro e os limites de tolerância. Embora o art. 189 da CLT tenha fixado que havendo incidência dos agentes acima dos valores tolerados ocorreria a incidência do adicional, outros critérios foram estabelecidos para que a insalubridade fosse caracterizada, como a avaliação quantitativa, qualitativa e avaliação de riscos inerentes à atividade, que serão tratados a frente.

Em relação ao nível de exposição, Martins (2011) explica que adicional de insalubridade “tem natureza salarial e não indenizatória, visando remunerar o trabalho em circunstâncias insalubres, e tendo por objetivo compensar o trabalho em condições gravosas à saúde do empregado.” Explica ainda que o adicional cessaria com a eliminação do risco à saúde, sendo que sua constatação é feita por meio de perícia, que analisará se há condições nocivas à saúde do empregado no local de realização do serviço.

Esses limites foram estipulados e positivados na NR-15 da Portaria n. 3.214/1978, que impõe limites ao empregador quando este expuser o empregado a agentes agressivos, sendo esses: a) Agentes físicos – ruído, calor, radiações, frio, vibrações e umidade. b) Agentes químicos – poeira, gases e vapores, névoas e fumos. c) Agentes biológicos – micro-organismos, vírus e bactérias.

Conforme prevê a NR, a caracterização da insalubridade será feita por inspeção do perito no ambiente laboral. Pelo exposto no art. 195 da CLT, a insalubridade ficará caracterizada, então, segundo as normas do MTE, por meio de perícias feitas pelo do médico do trabalho ou engenheiro do trabalho que tenham os respectivos registros no Ministério.

Para que não haja arbitrariedade, o Ministério de Trabalho e Emprego fixou, por meio da Portaria nº 3.311/89, que a exposição de curta duração (dentre 25 a 30 minutos por dia), intermitente ou eventual não ensejaria a percepção do adicional de insalubridade.

Quanto ao nível de exposição, o valor da indenização, conforme o art.192 da CLT, deve ser calculado à razão de 10% (grau mínimo), 20% (grau médio) e 40% (grau máximo) sobre o salário mínimo. Por outro lado, Martins (2009) defende que:

O adicional de insalubridade passa a ser calculado sobre o salário básico. É a aplicação por analogia (art. 8º da CLT) da determinação relativa ao adicional de periculosidade, que também é calculado sobre o salário básico, sem acréscimo de outros adicionais (art. 193 da CLT e Súmula 191 do TST), (MARTINS 2011, p. 238).

A simples avaliação do perito de que há condição insalubres não é suficiente para o recebimento do adicional pois, além de ser comprovado na perícia como insalubre, a atividade dita insalubre deve estar no quadro aprovado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e acima do nível de tolerância permitido. Ausente tais requisitos, o empregado não terá direito aos adicionais.

Em sentido similar, dispõe a Súmula 460 do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que, “para efeito do adicional de insalubridade, a perícia judicial, em reclamação trabalhista, não dispensa o enquadramento da atividade entre as insalubres, que é ato de competência do Ministério do Trabalho”.

Conforme Saliba (2009) leciona, as medidas a serem adotadas consistem também naquelas em que se busca controlar o ambiente, tentando, de certa forma, eliminar o agente. Quando isto não for viável, o controle individual se torna medida imprescindível.

Nessa mesma perspectiva, se o Equipamento de Proteção Individual (EPI) resultar em redução do nível de insalubridade de grau máximo para mínimo, a redução do

adicional se faz imperiosa, pois intimamente ligada ao seu nível de incidência. Entretanto, há entendimento (Súmula nº 289 do TST) que o simples fornecimento do aparelho de proteção pelo empregador não o exime do pagamento do adicional de insalubridade.

2.2. Do Adicional De Periculosidade

Já no caso do adicional de Periculosidade, diferentemente do adicional de insalubridade, se refere às atividades que resultam em prejuízo a saúde do empregado, em danos que podem ser causados a qualquer momento. O adicional de periculosidade, portanto, será devido ao trabalhador que desenvolve seu labor com contato permanente com elementos inflamáveis ou explosivos.

O artigo 193, da CLT, estabelece como definição ao adicional ao dispor nos incisos I e II, que o adicional é devido nas atividades ou operações perigosas que impliquem risco acentuado em virtude de exposição permanente do trabalhador à: “inflamáveis, explosivos ou energia elétrica, roubos ou outras espécies de violência física nas atividades profissionais de segurança pessoal ou patrimonial”.

Segundo Martins (2011), a periculosidade está ligada à ideia de risco, à possibilidade de ocorrer um acidente a qualquer momento, ainda que a exposição ao agente gravoso seja por pouco tempo. É matéria referente à Engenharia do Trabalho.

Martins (2011) ao relacionar as atividades em que são devidas o adicional de periculosidade elenca uma série de dispositivos legais que tratam da matéria:

[...] a periculosidade em relação a trabalho com inflamáveis foi estabelecida pela Lei nº 2.573, de 15-8-1955. A lei nº 5.880, de 24-8-1973, estende o adicional previsto na Lei 2.573 para contato com explosivos. A Lei 6.514, de 22-12-1977, deu nova redação ao art. 193 da CLT, prevendo que o trabalho com inflamáveis e explosivos dá direito ao adicional de periculosidade. A Lei 7.369, de 20-09-1985, concede o direito ao adicional de periculosidade às pessoas que trabalham com energia elétrica em sistemas elétricos de potência (MARTINS, 2011, p. 209).

O artigo 7º, XXIII, da Constituição também prevê o direito ao mencionar que o adicional de remuneração é devido para as atividades penosas, insalubres ou perigosas. Por ser o adicional de periculosidade devido quando verificadas uma lista taxativa de agentes causadores, referidos artigos conseguem abranger e praticamente esgotar o assunto, ainda o MTE através da Norma Regulamentadora 16 (anexo B), trouxe o sustentáculo definitivo a matéria.

A Súmula 212 do STF, assegura aos empregados de postos de revenda de combustível líquido o direito ao recebimento do adicional por trabalho perigoso. No mesmo sentido, a Súmula 39 do TST estabelece que os empregados que operam em bomba de gasolina têm direito ao adicional de periculosidade, sendo desnecessária a realização de perícia técnica.

Por fim, nos termos da Súmula 364 do TST, tem direito ao adicional de periculosidade o empregado exposto permanentemente ou que, de forma intermitente, sujeita-se a condições de risco. Por ser um assunto especialmente longo, e praticamente impossível citar todos os dispositivos que regulamentam a matéria, sem perder o norte do trabalho, buscou uma análise precisa dos dispositivos mais relevantes a pesquisa.

Sobre o nível de exposição, nos ensinamentos de Martins (2011), a sua caracterização e classificação, ocorrerão segundo normas do Ministério do Trabalho, que serão feitas através de perícia a cargo de Médico ou Engenheiro do Trabalho ou Engenheiro do Trabalho, registrados pelo Ministério do Trabalho.

O adicional de periculosidade é assegurado aos empregados que trabalham em contato permanente ou intermitente com explosivos ou inflamáveis, em condições de risco acentuado, conforme art. 193 da CLT. E conforme preconiza o § 1º do artigo 193 da CLT, o trabalho em condições perigosas assegura ao empregado um adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participações nos lucros da empresa.

A NR 16 traz regulamentação no item 16.2 complementando o disposto no parágrafo primeiro dizendo que “o exercício de trabalho em condições de periculosidade assegura ao trabalhador a percepção de adicional de 30% (trinta por cento) sobre o salário, sem os acréscimos resultantes de gratificações, prêmios ou participação nos lucros da empresa”.

No que tange legislação aplicável, conforme já mencionado, os artigos 190, 193 e 200 da CLT, trazem as definições de trabalhos insalubres e perigosos e advém de normatização complementar do Ministério do Trabalho. Para regulamentar as atividades insalubres e perigosas, o MTE editou as Normas Regulamentadoras (NR's) através da Portaria nº 3.214/78. O ordenamento federal dispõe hodiernamente de trinta e três Normas Regulamentadoras, destacando-se as NR's 15 e 16, que disciplinam a insalubridade e a periculosidade, respectivamente, no ambiente de trabalho.

As normas Regulamentadoras, conhecidas com NR's, coordenam todos os requisitos técnicos e legais sobre os aspectos mínimo de segurança e saúde, de tal forma que o cumprimento de tais normas é obrigatório.

No que se refere às medidas preventivas voltadas para a redução dos riscos do ambiente de trabalho a NR 9 determina que todos os empregadores e instituições que admitam trabalhadores como empregados elaborem e implementem o Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais (PPRA), visando à preservação da saúde e da integridade dos trabalhadores, através da antecipação, reconhecimento, avaliação e consequente controle da ocorrência de riscos ambientais existentes ou que venham a existir no ambiente de trabalho.

O Programa de Prevenção dos Riscos Ambientais, conforme estabelecido no item 9.1.3 da NR 9, deve estar articulado com o Programa de Controle Médico de Saúde Ocupacional, (PCMSO), previsto na NR 7, sendo estas partes integrantes do conjunto mais amplo das iniciativas da empresa no campo da prevenção da saúde e da integridade dos trabalhadores. Vale ressaltar que tanto o PPRA como o PCMSO são documentos emitidos unilateralmente pelo empregador, comumente elaborados por empresa de monitoramento contratada para essa finalidade.

Contextualizando os adicionais na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 – CRFB/88, e possível verificar em suas disposições um parâmetro progressivo de proteção aos trabalhadores, transformando-se dessa forma em uma detentora de direito e garantias fundamentais, nos quais está inserido o direito social, com um fulcro no reconhecimento da dignidade humana do trabalhador. De acordo com Galindo (2002) este princípio tem como origem o pensamento jusnaturalista, que teve em Kant seu maior expoente, que considerava o ser humano possuidor de um valor intrínseco, dele próprio, e que por ser dotado de razão, possui capacidade de escolhas, com autonomia não devendo ser originado de instâncias exteriores.

Desse pensamento e que surgiu a atual configuração da igualdade e da liberdade do homem, enquanto indivíduo, e das particularidades que nortearam o Estado Moderno á pratica da elaboração de direitos e deveres que asseguram a todos uma existência minimamente digna, especialmente após a Segunda Guerra Mundial, em que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) passou a adotar uma série de Declarações que asseguravam diversos direitos e garantias individuais inclusive do trabalhador, que culminaram na inspiração na Declaração dos Direitos Humanos em 1948, a fim de garantir a dignidade do trabalhador.

Dessa forma, para Galindo (2004) é nítido que a dignidade humana do trabalhador é um dos fundamentos que norteiam a nossa legislação constitucional, sendo como utilizado como princípio intrínseco a cada indivíduo, para que ocorra a valorização do trabalho como forma de se humanizar os indivíduos e de forma direta valorar o trabalho no meio em sociedade.

Conforme salienta Oliveira (2009), nesse fato ocorre “a tradução dos direitos fundamentais, tendo como alavanca os direitos da dignidade humana, que influenciou sobremaneira tácita a construção do Ordenamento Jurídico Constitucional Brasileiro”, sendo tais influenciadas concretizadas com a positivação dos inúmeros direitos humanos aos trabalhadores elencados na nossa Carta Magna de CRFB/88, a qual encontra-se em total sintonia com os principais pactos internacionais sobre os Direitos Humanos, bem como a Declaração Universal dos Direitos Humanos, e proteção dos direitos individuais da relação de trabalho.

Nesse sentido Cordeiro (2007), dita que as regras e princípios inseridos no rol de nossas normas garantidoras dos direitos humanos do trabalhador, são transparentes, caracterizando norma impositiva da adoção de medidas e políticas que visem alcançar a saúde e a qualidade de vida do meio ambiente de trabalho. Como exemplo a CRFB/88, no seu art. 3º, IV, prevê a promoção do bem de todos e, no art. 6º, que faz referência ao direito à saúde como direito social.

Por essa razão que Krost (2004) nos traz a seguinte observação concernente ao direito à saúde:

Pela carta de 1988 foi alcançada a Direito Social de todos os deveres do Estado, conforme dicção de seus arts. 6º, caput, 196 e, ainda, por via indireta, obteve status de fundamento do Estado Democrático de Direito, como consectário dos preceitos da dignidade da pessoa humana e do valor sociais do trabalho previstos em seu art. 1º, incisos III e IV (KROST, 2004, p. 67).

Portanto, no que tange e engloba aos direitos dos trabalhadores rurais e urbanos, contidos no art. 7º, um dos principais, senão o principal seria o direito à saúde, o qual é tratado em três incisos distintos, que confirma ainda mais esta responsabilidade, um desses incisos e inerentes à segurança no trabalho, tratando de normas de saúde, higiene e segurança (inc. XXII).

Nesse contexto que o art. 7º, XXIII, que dispõe “são direitos dos trabalhadores, além de outros que visem a melhoria de sua condição social: adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei”, passa a garantir direito aos adicionais de remuneração para as atividades que ocorra com periculosidade e insalubridades, sendo essas na mesma proporção, ou seja, sem qualquer reserva quanto a remuneração cumulada dos adicionais, deixando claro que não seria recepcionado assim o dispositivo que fala de forma diversa. Corroborando com esse pensamento, Oliveira (2009):

[...] Além de ser um direito social, como previsto no art. 6º, é um direito de todos, e, portanto, de cada um, de acesso universal e igualitário. As normas relativas à saúde são de ordem pública, porquanto regulam um serviço público essencial, tanto que o art. 197 da Constituição enfatiza que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde (OLIVEIRA, 2009, p.108).

A legislação trabalhista protege, por meio de normas, todo trabalhador que executa suas funções em atividades insalubres ou perigosas, de forma a amenizar o impacto destas atividades na saúde do trabalhador, como forma de regulamentar e de proteção para que os profissionais possam exercer suas atividades da melhor forma possível, dessa forma a legislação tais as devidas proteções cabíveis, e a nossa carta magna de forma clara nos remete a essa proteção como meio de assegurar os direitos individuais dos trabalhadores.

3 Possibilidade de Cumulação dos Adicionais

Mesmo apresentadas todas as variáveis que uma decisão judicial sobre o tema deve levar em consideração sobre o pedido de cumulação, o posicionamento majoritário da jurisprudência e pela impossibilidade, desconsiderando toda carga de direitos trabalhistas presentes no Ordenamento Jurídico defendido pela doutrina:

AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. CUMULAÇÃO. Este Tribunal Superior, após interpretar o art. 193, § 2º, da CLT, firmou o entendimento no sentido da impossibilidade de cumulação de recebimento dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Precedentes. Agravo de instrumento a que se nega provimento (TST - AIRR: 6693620105090678, Data de Julgamento: 10/06/2015, Data de Publicação: DEJT 07/08/2015).

Como se observa, mesmo com a presença de normas que preveem a possibilidade de cumulação dos adicionais, o entendimento jurisprudencial, salvo raras exceções, é no sentido de não permitir a observação deste direito. As decisões dos Tribunais Regionais do Trabalho (TRT's), assim como aquelas do Tribunal Superior do Trabalho, não possibilitam a percepção simultânea dos adicionais, sob o argumento de que o já citado parágrafo 2º do artigo 193 da CLT não permite. Vejamos decisão apontando a aplicação do artigo celetistas:

RECURSO DE REVISTA. ADICIONAIS DE INSALUBRIDADE E PERICULOSIDADE. PAGAMENTO NÃO CUMULATÓRIO. OPÇÃO POR UM DOS ADICIONAIS. Ressalvado o entendimento deste Relator, o fato é que, segundo a jurisprudência dominante nesta Corte, é válida a regra do art. 193, § 2º, da CLT, que dispõe sobre a não cumulação entre os adicionais de periculosidade e de insalubridade, cabendo a opção pelo empregado entre os dois adicionais. Assim, se o obreiro já percebia o adicional de insalubridade, porém entende que a percepção do adicional de periculosidade lhe será mais vantajosa, pode requerê-lo, ou o contrário. O recebimento daquele adicional não é óbice para o acolhimento do pedido de pagamento deste, na medida em que a lei veda apenas a percepção cumulativa de ambos os adicionais.

Todavia, nessa situação, a condenação deve estar limitada ao pagamento de diferenças entre um e outro adicional. Para a ressalva do Relator, caberia o pagamento das duas verbas efetivamente diferenciadas (adicional de periculosidade e o de insalubridade), à luz do art. 7º, XXIII, da CF, e do art. 11-b da Convenção 155 da OIT, por se tratar de fatores e, de principalmente, verbas/parcelas manifestamente diferentes, não havendo bis in idem. Recurso de revista conhecido e provido. (TST - RR: 611700-64.2009.5.12.0028, Relator: Mauricio Godinho Delgado, Data de Julgamento: 26/06/2013, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 01/07/2013).

Como visto, segundo o entendimento dos tribunais, com a interpretação dos artigos 193, §2º, da CLT, combinado com a Norma Regulamentadora nº 15, item 3, da portaria nº 3.214/78, do Ministério do Trabalho e Emprego, não é conferido o direito de recebimento dos adicionais de forma simultânea, independente do que dispõe outros dispositivos no Ordenamento Jurídico.

Já a doutrina majoritária considera como sendo equivocada a interpretação que a jurisprudência estrai do artigo 193, §2º da CLT, por não ser o mais adequado, nas palavras de Garcia (2012), o dispositivo celetista que proíbe a percepção das duas parcelas “merece fundada crítica, pois se o empregado está exposto tanto ao agente insalubre como também à periculosidade, nada mais justo e coerente do que receber ambos os adicionais (art. 7º, inciso XXIII, da CF88), pois os fatos geradores são distintos e autônomos”.

Souto Maior (2000) comunga do mesmo entendimento, aduzindo que “o entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante, no que se refere à impossibilidade de recebimento de mais de um adicional, por acumulação de agentes agressivos no ambiente de trabalho, não pode prevalecer”.

Segundo Formolo (2006) ensina que, ao obrigar o obreiro a optar por um dos dois adicionais, a lei automaticamente exige que ele trabalhe em situação mais gravosa sem qualquer contraprestação. Segundo o autor:

No caso de optar pelo adicional de periculosidade, estará trabalhando em condições insalubres “de graça”, ou seja, sem nenhuma compensação pecuniária e vice-versa, no caso de optar pelo adicional de insalubridade (caso em que o labor em condições perigosas será prestado sem nenhuma compensação pecuniária), ao arrepio da Constituição e sujeitando-se a manifesto desequilíbrio e desvantagem na relação contratual, comprometida que fica, em rigor, em equivalência das prestações dos sujeitos contratantes (FORMOLO, 2006, p. 64).

Na mesma linha de raciocínio, assevera Oliveira (2009) que:

[...] se o trabalhador estiver exposto, simultaneamente, a mais de um agente insalubre, receberá o adicional de insalubridade apenas de um deles, isso porque a NR-15 item 3 da Portaria nº 3.214/78 vedou a percepção cumulativa, determinando que seja considerado somente o agente de grau mais elevado. [...] Ora, se o trabalhador estiver exposto a um, a alguns ou a todos os agentes, receberá somente um adicional? Não há razão biológica, nem lógica e muito menos jurídica para tal vedação. Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de um agente agressivo reduz a resistência do trabalhador, agravando-se ainda mais a situação pelo efeito sinérgico das agressões, isto é, a presença de mais de um agente insalubre além de somar, em muitas circunstâncias, multiplica os danos à saúde. [...] Também não é lógico nem

razoável conferir apenas um adicional na exposição simultânea, fugindo da regra básica de atribuir reparação distinta para cada dano. Um trabalhador, por exemplo, exposto a excesso de ruído (com prejuízo para a audição) e à poeira de sílica (que afeta o sistema respiratório) só recebe o adicional por uma das agressões (OLIVEIRA, 2009, p. 284).

Como visto, a doutrina vem se posicionando contrária ao disposto no § 2º do art. 193 da CLT, entendendo não haver nem mesmo *bis in idem* decorrente da cumulação, pois, como tratado anteriormente cada adicional está ligado a um bem da vida distinto. Garcia (2012), na mesma linha entende que “a restrição a apenas um adicional acaba desestimulando que a insalubridade e a periculosidade sejam eliminadas e neutralizadas”.

Argumento favorável à tese da cumulação pode ser buscado no princípio da máxima efetividade da norma constitucional, à medida que, de acordo com a CRFB/88, é dever do empregador reduzir os riscos inerentes ao trabalho e promover um meio ambiente do trabalho equilibrado. Esse é o norte da interpretação de lei infraconstitucional, nas palavras de Pena:

Aqui vale destacar o princípio da máxima efetividade, da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, segundo o qual se deve atribuir à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê. Se o legislador assegurou ao trabalhador “a redução dos riscos inerentes ao trabalho” e “adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas”, não é possível admitir que uma norma infraconstitucional restrinja o alcance de referidos dispositivos constitucionais, porque isso prejudicaria sua máxima efetividade. [...] O princípio da máxima efetividade da norma constitucional rotineiramente tem sido adotado como fundamento em decisões que exigem um novo olhar para as normas infraconstitucionais (PENA, 2011, p. 88).

Já Barros (2008) faz uma crítica à interpretação da doutrina, entendendo que, devido às condições duplamente gravosas e prejudiciais ao organismo, os adicionais cumulados de insalubridade deveriam ser percebidos. Por isso, faz a seguinte observação:

Saliente-se que a determinação contida na NR-15 da Portaria nº 3.214 de 1978, no sentido de considerar apenas o fator de insalubridade de maior grau, no caso de incidência de mais de um agente insalubre, extrapola os limites da própria lei, que não proíbe a cumulação de mais de um adicional de insalubridade (BARROS, 2008, p.77).

A permissão da prevalência desse dispositivo, segundo a autora, seria um desestímulo aos empregadores para buscarem melhores condições de trabalho.

3.1 A Proteção da Saúde do Trabalhador no Ordenamento Jurídico

Dentro do contexto saúde do trabalhador, Araújo (2010) explica que “O direito à vida, consubstanciado pelo direito à saúde e à dignidade formam um conjunto de bens jurídicos fundamentais.”

Para fins de se delimitar melhor a incidência das normas jurídicas, destaca o sentido técnico dado à “saúde”, que pode ser denominado “estado de são” ou de sanidade dos seres vivos, ou seja, estado sadio ou de regularidade das funções físicas, orgânicas

ou mentais, resumidamente. Oliveira (2009), ao falar do artigo 3º da Lei Orgânica da Saúde (Lei nº 8.080/90), reza que:

Os níveis de saúde expressam a organização social e econômica do País, tendo a saúde como determinantes e condicionantes, entre outros, a alimentação, a moradia, o saneamento básico, o meio ambiente, o trabalho, a renda, a educação, a atividade física, o transporte, o lazer e o acesso aos bens e serviços essenciais. Dessa maneira, surge o conceito de saúde como completo bem-estar social, levando em consideração as interferências do ambiente social (OLIVEIRA, 2009, p. 8).

A partir desta nova perspectiva é possível notar uma evolução do direito à saúde que se mostrou na legislação atual, conforme será analisado a seguir. A saúde, que tem por significado o estado habitual de equilíbrio, foi erigida como bem jurídico a ser tutelado ao lado da vida e da liberdade pela proteção dada na CRFB/88. Corroborando com esse pensamento, Oliveira (2009) aduz:

[...] Além de ser um direito social, como previsto no art. 6º, é um direito de todos e, portanto, de cada um, de acesso universal e igualitário. As normas relativas à saúde são de ordem pública, porquanto regulam um serviço público essencial, tanto que o art. 197 da Constituição enfatiza que “são de relevância pública as ações e serviços de saúde (OLIVEIRA, 2010, p. 108).

Partindo da premissa que a saúde é um dever exigível do Estado de eficácia horizontal das normas de direito fundamental, sendo papel do empregador a busca de melhores condições de trabalho, por garantias de um meio ambiente de trabalho equilibrado, e a devida remuneração referente às atividades que podem causar prejuízos à saúde do trabalhador

Ademais, a proteção constitucional à saúde pode ser reforçada, ainda, por outras normas que garantem o direito à saúde, como ocorre, por exemplo, com os direitos à vida e à integridade física (art. 5º, CF). Por isso, a seguinte observação de Araújo (2010) é pertinente:

Inserir a saúde do trabalhador como direito fundamental é fruto de uma longa luta e ampliação de consciência, que pode ser vista na evolução normativa. O certo é que esse direito está dentro do catálogo de direito e liberdade positivadas que compõem o conjunto de direitos fundamentais na Constituição Brasileira, tanto no que diz respeito ao seu individualista – o direito à vida e à integridade física – quanto ao seu aspecto social: direito à saúde e ao meio ambiente de trabalho sadio. Além disso, a título de reparação, o sistema constitucional brasileiro oferece um sistema duplo, constituído de benefícios previdenciários (aposentadoria, pensões e auxílio acidente) e indenizações civis (responsabilidade civil do empregador) (ARAÚJO, 2010, p. 14).

Pelo art. 7º, XXIII, garantiu-se a percepção de adicionais de remuneração para atividades em que haja insalubridade, periculosidade ou penosidade, na medida em que tais situações afetam diretamente a saúde do obreiro. A Constituição de 1988, no art. 3º, IV, prevê a promoção do bem de todos e, no art. 6º, faz referência ao direito à saúde como direito social. Em razão disso, Krost (2004) faz a seguinte observação concernente ao direito à saúde:

Pela Carta Magna de 1988 foi alçada a Direito Social de todos e dever do Estado, conforme dicção de seus arts. 6º, caput, 196 e, ainda, por via indireta, obteve status de fundamento do Estado Democrático de Direito, como consectário dos preceitos da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, previstos em seu art. 1º, incisos III e IV (KROST, 2004, p.67).

O posicionamento relatado possui ampla coerência, pois o artigo da Constituição em que é tratada a saúde como direito social encontra-se dentro do título referente aos direitos e garantias fundamentais, o que faz que esse direito seja elevado, como consequência, a um direito fundamental.

Conforme Martins (2011) dispõe “a proteção ao trabalhador, dada a extrema importância que possui, pois ligada a uma série de princípios, garantias e direitos fundamentais, não foi tratada apenas na seara constitucional.” Segundo ele, por esse motivo, é interessante entender que as diversas fontes do direito trabalhista. Estão divididas pela doutrina em “formais e materiais”.

Segundo o mesmo autor, as fontes materiais caracterizam-se pelo conjunto de fatores reais que influenciam, de alguma forma, o surgimento das normas jurídicas, isto é, são o conjunto de fatos sociais e históricos que dão ensejo às normas. Já as fontes formais constituem formas de exteriorização do direito e são divididas, ainda, em autônomas e heterônomas.

Nessa seara Oliveira (2009), trata que não de ser realçados os tratados e convenções internacionais ratificados pelo Brasil. Com o advento do art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, houve uma relevante abertura ao direito internacional.

Em função do referido dispositivo, em 2000 o Supremo Tribunal Federal entendeu, no julgamento do RHC 79.785/RJ (anexo E), que os tratados de direitos humanos teriam status denominado supralegal, mas infraconstitucional, porquanto estariam em um nível acima das leis federais, mas abaixo da Constituição, conforme observação feita pelo Ministro Sepúlveda Pertence. Já os tratados sobre direitos humanos aprovados por outro trâmite, que não o de emenda constitucional, como ocorre nos casos de tratados aprovados antes de 2004, teriam status supralegal, ou seja, acima das leis, mas abaixo da Constituição Federal. Aqueles que não versassem sobre direitos humanos continuariam tendo força de lei ordinária.

Tendo em vista as considerações sobre a eficácia das convenções e tratados internacionais, cumpre destacar que, dentre as Convenções ratificadas pelo país, se sobressaem as de nº 148, 155 e 161 da Organização Internacional do Trabalho, todas elas, de alguma forma, com o intuito de proteger o trabalhador, principalmente no que tange à saúde desse.

De acordo com Oliveira (2009), a Convenção nº 148, (anexo F) que dispõe “sobre a proteção dos trabalhadores contra os riscos devidos à contaminação do ar, ruído e vibrações no local de trabalho, foi aprovada no Brasil por meio do Decreto nº 93.413/1986”. A referida Convenção possui importância na medida em que previu uma colaboração entre os representantes dos empregados e dos empregadores na aplicação e formulação de medidas técnicas para prevenir ou limitar os riscos dos profissionais expostos às condições prejudiciais, sendo, ainda, responsabilidade do empregador a aplicação de tais medidas protetivas.

A Convenção nº 148 também trouxe a possibilidade dos representantes dos empregados e empregadores acompanharem a inspeção do local de trabalho a fim de garantir que todos participem do processo. O direito à informação do trabalhador também foi evidenciado na medida em que este deve estar ciente dos riscos a que estará exposto.

Ademais, buscou-se fixar limites de tolerância de exposição aos agentes, tendo sempre em vista a evolução tecnológica da época e, sempre que for possível, eliminando o risco.

Sob a análise de Oliveira (2009), a Convenção n.º 155, (anexo G) versa sobre a segurança e saúde dos trabalhadores e meio ambiente de trabalho, ratificada em 1992, foi promulgada pelo Decreto n.º 1.254 de 1994 e teve como escopo estabelecer normas e princípios sobre o assunto. Ressalta o autor que tal convenção adotou um critério de saúde mais objetivo, retirando o “completo bem-estar” adotado em período anterior pela OMS e estabelecendo que a saúde abrange não somente a ausência de doenças, mas também os elementos físicos e mentais que afetam a saúde do trabalhador e que estão ligados à segurança e à higiene do trabalho, conforme art. 3º, e. Dessa forma, procurou-se proteger, também, a saúde mental dos trabalhadores.

A convenção não deixa de abordar os agentes que afetam a saúde dos trabalhadores. Por isso, Oliveira (2009) destaca que “fica evidente o posicionamento atual de considerar os múltiplos fatores causais da saúde e como a norma jurídica está procurando agir em todas as frentes que possam, direta ou indiretamente, preservar o ser humano, tanto no aspecto físico quanto no mental”.

Ainda na mesma linha, conforme menciona o autor, outros pontos importantes foram alvo de regulamentação, como a exposição a agentes prejudiciais:

A concepção dos efeitos combinados dos agentes agressivos, à semelhança do que foi previsto no art. 8.3 da Convenção n. 148, foi também expressamente adotada nesta Convenção (art. 11, b). A presença de vários agentes agressivos, pelo efeito sinérgico, em vez de apenas somar, multiplica os malefícios. Pode ser que todos os agentes agressivos do ambiente de trabalho, isoladamente considerados, estejam dentro de limites toleráveis, mas a exposição simultânea, pelos efeitos combinados, desloca para patamar inferior os limites de tolerância (OLIVEIRA, 2009, p.81).

Percebe-se uma preocupação com a saúde do trabalhador de modo que o trabalho se adapte às condições dele e não, o contrário. Para que isso seja possível, o reexame das normas de modo permanente se faz necessário e indispensável. Cabe à política de segurança e saúde, então, promover estudos sobre os agentes que possam causar afronta à saúde do trabalhador uma vez que, com a evolução do mercado, há o aparecimento de novos produtos e novos riscos aos trabalhadores.

Buscando a proteção obreira, a norma traz a possibilidade de haver a interrupção da atividade laboral se aquele que a exerce considerar a existência de perigo iminente capaz de causar danos à sua saúde ou à sua vida. A mesma convenção (155/92) traz também uma reeducação dos trabalhadores na medida em que prevê que as questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho devam ser incorporadas ao ensino.

Por fim, a Convenção n.º 161, ratificada em 1990 e promulgada pelo Decreto n.º 127 de 1991 tratou da segurança e saúde dos trabalhadores, especificamente nos serviços de saúde no local de trabalho. A convenção buscou focar em medidas preventivas para se ter um ambiente de trabalho saudável por meio de uma política nacional a ser colocada em prática, dentre outras medidas. As ratificações dessas convenções, em síntese, demonstram a preocupação do Brasil com a saúde do trabalhador e com os direitos que lhe são inerentes. A assinatura e posterior internalização dos tratados representam a reiteração, pelo país, de todas conquistas trabalhistas obtidas desde o século XVIII, além de demonstrar um engajamento internacional cada vez mais crescente com a evolução mundial acerca de determinados temas comuns como é o caso da saúde do trabalhador.

A cláusula de boa-fé, também exerce papel importante no direito do trabalho, uma vez que as partes devem guardar lealdade e boa-fé quando da assinatura do contrato e sua

posterior execução. Aplicado ao direito do trabalho, a boa-fé se traduziria em um treinamento adequado, na instrução passada pelo empregador a respeito do manuseio das máquinas e aos riscos inerentes ao trabalho. Nesse sentido, a jurisprudência do TST é firme ao indicar caber ao empregador o fornecimento dos equipamentos de proteção individual e a fiscalização de seu uso correto.

4. A Admissibilidade de Cumulação dos Adicionais no Direito do Trabalho

Como visto o artigo 193 da CLT (Consolidação das Leis Trabalhistas), afirma que “são consideradas atividades ou operações perigosas, na forma da regulamentação aprovada pelo Ministério do Trabalho, aquelas que, por sua natureza ou métodos de trabalho, impliquem o contato permanente com inflamáveis ou explosivos em condições de risco acentuado.” Neste sentido, conforme prevê o parágrafo 2º, no caso de o empregado trabalhar em ambiente insalubre e perigoso, poderá optar por qual dos adicionais deseja receber, ou seja, vedando-se a possibilidade de recebimento dos dois adicionais cumulativamente.

No entanto, como já mencionado, em um estudo mais aprofundado sobre a eficácia da norma prevista na CLT, que prevê a impossibilidade de recebimento concomitante dos adicionais, Camacho (2010) esclarece que o sentido desta norma (§ 2.º do art. 193 da CLT) deve seguir os mesmos princípios das normas em geral de ordem trabalhista, o operário só poderia de fato optar por um ou outro adicional no caso de negociação coletiva, como no caso de redução de salários e compensação de jornada de trabalho, e aí sim, teríamos um sentido lógico de interpretação para esta norma, pois, em troca de outro benefício, poderia o trabalhador, através de sindicato de sua categoria, negociar e optar entre um e outro adicional.

Quando a lei obriga o obreiro a optar por um dos dois adicionais, é como se exigisse que ele trabalhasse em situação mais penosa sem a devida contraprestação. Ou seja, caso o trabalhador opte pelo adicional de insalubridade, estará trabalhando em condições perigosas sem nenhuma compensação pecuniária, desconsiderando-se preceitos constitucionais e existindo desvantagem na relação contratual, comprometida em equivalência das prestações dos sujeitos contratantes. Conforme defende Camacho (2010), ao analisar a interpretação semântica de referido artigo, não se verifica qualquer fundamentação lógica para aplicação da norma além da sua legalidade como sendo o único requisito de justificativa para as decisões, sem no entanto, qualquer explicação teórica dos motivos ou causas que impeçam a cumulação.

Outro argumento favorável à tese da cumulação pode ser buscado também no princípio da máxima efetividade da norma constitucional, à medida que, de acordo com a CF/88, é dever do empregador reduzir os riscos inerentes ao trabalho e promover um meio ambiente do trabalho equilibrado. Nas palavras de Pena, esse é o ponto de partida para a interpretação das leis infraconstitucionais, não podendo reduzir o alcance da norma constitucional. Aqui vale destacar o princípio da máxima efetividade, em que se deve atribuir à norma constitucional o sentido que maior eficácia lhe dê. Se o legislador assegurou ao trabalhador “a redução dos riscos inerentes ao trabalho e adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, não é possível admitir que uma norma infraconstitucional restrinja o alcance de referidos dispositivos constitucionais, porque isso prejudicaria sua máxima efetividade”. O princípio da máxima efetividade da norma constitucional rotineiramente tem sido adotado como fundamento em decisões que exigem um novo olhar para as normas infraconstitucionais.

Ao analisar essas mudanças no âmbito do direito trabalhista, trazidas pela Constituição Delgado (2015), afirma que a Constituição da República criou as condições culturais, jurídicas e institucionais necessárias para superar antigo e renitente nóculo do sistema trabalhista do Brasil que era falta de efetividade do Direito Individual do Trabalho.

Prova disto, e a aplicação dos princípios trabalhistas, na hierarquia das normas no Direito do Trabalho, que segue uma estruturação diversa dos demais ramos do Direito, não seguindo a clássica formulação proposta por Kelsen, mas sim uma estruturação a partir da proteção da parte hipossuficiente, o autor ainda conclui que é necessário aplicar a norma que mais beneficia ao empregado em observância a outro princípio que norteia o direito do Trabalho, o Princípio da Norma Mais Favorável que é quando “o operador do Direito do Trabalho opta pela regra mais favorável ao obreiro, sendo em três situações ou dimensões distintas: a) no instante de elaboração da regra (princípio orientador da ação legislativa, portanto); b) no contexto de confronto entre as regras concorrentes (princípio orientador do processo de hierarquização das normas trabalhistas); c) no contexto de interpretação das regras jurídicas (princípio orientador do processo de revelação do sentido da regra trabalhista).” A visão mais ampla do princípio entende que ele atua desse modo, em tríplice dimensão no Direito do Trabalho: informadora, interpretativa/normativa e hierarquizante.

Analisando as normas trabalhistas sob a ótica dos Princípios que norteiam o Direito do trabalho Cassar (2009), também tem entendido de forma contrária ao posicionamento majoritário na doutrina e nos Tribunais, quanto a impossibilidade de cumulação, pois segundo ele, e de forma absurda, que o TST tem sustentado que os adicionais não se acumulam caso o empregado esteja exposto a mais de um agente nocivo, baseado somente na vedação contida no item 15.3 da NR-15, da Portaria nº 3.214/78. De forma diversa, se o adicional visa indenizar a nocividade do trabalho executado pelo empregado, se as nocividades são múltiplas, os adicionais também deveriam ser.

Oliveira (2009), e ainda mais incisivo em combater a ideia de impossibilidade de cumulação dos adicionais, pois para ele, não há fundamentos jurídicos ou biológicos que consubstanciem a impossibilidade da cumulação, pois estando o trabalhador exposto simultaneamente a mais de um agente insalubre, receberá o adicional de insalubridade apenas de um deles, pois a NR-15 item 3 da Portaria 3.214/78 vedou a percepção cumulativa, determinando que seja considerado somente o agente de grau mais elevado. “Ora, se o trabalhador estiver exposto a um, a alguns ou a todos os agentes, receberá somente um adicional? Não há razão biológica, nem lógica e muito menos jurídica para tal vedação.

Em termos biológicos, está comprovado que a exposição simultânea a mais de um agente agressivo reduz a resistência do trabalhador, agravando-se ainda mais a situação pelo efeito sinérgico das agressões, isto é, a presença de mais de um agente insalubre além de somar, em muitas circunstâncias, multiplica os danos à saúde.” Ele ainda conclui o raciocínio dizendo que seguindo a linha de raciocínio acima, também não é lógico nem razoável conferir apenas um adicional na exposição simultânea, pois assim estaria fugindo da regra básica de atribuir reparação distinta para cada dano.

A discussão acerca do tema é de tamanha relevância que foi inserido no texto das citadas convenções nº 148 e 155 da OIT. Segundo o art. 8º, item 3, da primeira, os critérios e limites de exposição deverão ser fixados em consideração a qualquer aumento dos riscos profissionais resultante da exposição simultânea a vários fatores nocivos no local de trabalho. Já nos termos do art. 11, “b”, da segunda, para a remuneração do

trabalhador devem ser levados em consideração os riscos para a sua saúde, decorrentes da exposição simultânea a diversos agentes nocivos.

Existem apenas decisões esparsas que preveem a cumulação, destacando-se a decisão do ministro Cláudio Brandão, na decisão do processo: RR-1072-72.2011.5.02.0384 (anexo H), que leva em consideração o aduzido acima, segundo ele “a Constituição da República, no artigo 7º, inciso XXIII, garantiu de forma plena o direito ao recebimento dos adicionais de penosidade, insalubridade e periculosidade, sem qualquer ressalva quanto à cumulação, não recepcionando assim aquele dispositivo da CLT.” Em sua avaliação, a acumulação se justifica em virtude de os fatos geradores dos direitos serem diversos e não se confundirem. Segundo o ministro, o relator explicou que a opção prevista na CLT é inaplicável também devido à introdução no sistema jurídico brasileiro das Convenções 148 e 155 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), “que têm status de norma materialmente constitucional ou, pelo menos, supralegal”, como foi decidido pelo Supremo Tribunal Federal. Tais convenções, afirmou o relator, superaram a regra prevista na CLT e na Norma Regulamentadora 16 do Ministério do Trabalho e Emprego, no que se refere à percepção de apenas um adicional quando o trabalhador estiver sujeito a condições insalubres e perigosas no trabalho. “Não há mais espaço para a aplicação do artigo 193, parágrafo 2º, da CLT”, concluiu.

Cumprido ressaltar, ainda, que o cenário atual pode vir a mudar, pois encontra-se em tramitação na Câmara dos Deputados, o Projeto de Lei nº 4.983/2013, que objetiva alterar a CLT e permitir o recebimento cumulativo dos adicionais de periculosidade e de insalubridade. Segundo o texto justificativo do projeto: Não há razão plausível para a imposição pela escolha de recebimento de apenas um dos adicionais quando há exposição do trabalhador a ambas as situações de risco – ambiente de trabalho sob a incidência de agentes (físicos, químicos e biológicos) nocivos à sua saúde e atividade desenvolvida sob condições que põem sua vida em risco (contato permanente com inflamáveis, explosivos e eletricidade). Ao contrário, a efetiva diversidade de fatos geradores enseja o recebimento de ambos os direitos que deles decorrem – a compensação financeira pela insalubridade e a reparação financeira pela periculosidade.”

Enquanto referido Projeto de Lei não é aprovado, a própria lei vigente já permite a cumulação, pois tecidas tais considerações, no entendimento Cassar (2009), somente pelo princípio da norma mais favorável que determina que “havendo mais de uma norma aplicável, deve-se aplicar a norma mais favorável, ainda que não seja a que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas” a cumulação e admitida nesse sentido pois, por haver mais de uma norma aplicável, deve se aplicar aquela mais favorável, ainda que não seja aquela que corresponda aos critérios clássicos de hierarquia das normas. Portanto, sendo a norma mais favorável a Convenção 148 e 155 da OIT, que tem como critério para a remuneração, limites e seguranças do trabalhador, à exposição simultânea a vários agentes nocivos.

Ademais, pelo critério cronológico, o §2º, do artigo 192, da CLT, esta revogado. Se a Convenção Internacional ingressa no Ordenamento Jurídico com status de lei, posteriormente à Consolidação das Leis do Trabalho, havendo incompatibilidade entre o referido paragrafo e o artigo 8, tópico 3, e o artigo 11, alínea b, da Convenção 148 e 155 da OIT, respectivamente, logo, prevalece a lei posterior em face da anterior.

Não há revogação expressa do §2º, do artigo 193, da CLT, pela Convenção Internacional, há uma revogação tácita, pois é incompatível o critério utilizado quando o trabalho e concomitantemente insalubre e perigoso, ou seja, na CLT não se admite a cumulação dos adicionais, por sua vez, as Convenções admitem a Cumulação. Destarte, deve se aplicar as Convenções 148 e 155 da OIT, nas relações em que o trabalhador

laborar a agentes nocivos à saúde e aos riscos acentuados da profissão, simultaneamente, pois estas normas são mais favoráveis, aos quais, levam em consideração a exposição simultânea aos agentes nocivos à saúde, como critério para a fixação de limites, remuneração e segurança do trabalhador.

Além disso, a Convenção 148 e 155, da OIT que preveem a possibilidade de cumulação a partir da sua exegese, ingressaram no Ordenamento Jurídico brasileiro após o §2º, 193, havendo incompatibilidade entre os conteúdos disciplinados nestes diplomas legais, prevalecendo então a lei posterior, neste caso as Convenções, como foi brilhantemente considerada pelo ministro Cláudio Brandão no julgamento acima citado.

Considerações Finais

Conforme buscou demonstrar no artigo, a previsão da CLT estabelece que na hipótese de o trabalhador laborar submetido a agente insalubre e perigoso simultaneamente, o obreiro deve escolher o adicional que lhe proporcione maior vantagem financeira, sendo vedada a cumulação de tais benefícios pela posição da jurisprudência majoritária. Mas analisando esta norma a partir dos princípios gerais do direito protegidos pela Constituição Federal, além de princípios peculiares do Direito do Trabalho (em especial, o princípio da proteção), segundo o entendimento doutrinário apresentado, percebe-se que o dispositivo do artigo 193, § 2º, está em verdadeira rota de colisão com os princípios.

Desta forma, a Norma Fundamental ao determinar a obrigação patronal de reduzir os riscos inerentes ao trabalho e manter o meio ambiente do trabalho equilibrado e ao prever o pagamento dos adicionais sem qualquer restrição, corrobora com o entendimento de que a Constituição abriu precedentes para a cumulação dos adicionais. Partindo da premissa conclui-se que a norma contida no art. 193, § 2º, da CLT não foi recepcionada pela Constituição Federal, pois em seu art. 7º, XXIII, garantiu o direito dos trabalhadores ao recebimento dos adicionais de insalubridade e de periculosidade, sem ressalva acerca da cumulação.

Tendo em vista a natureza do artigo, foi preciso delimitar e excluir da pesquisa inúmeras questões bastante interessantes, tais como o aprofundamento dos princípios trabalhistas e o seu papel no ordenamento jurídico brasileiro, o que pelo tema escolhido é de grande relevância. Deixou-se à parte também a questão da perpetuidade da medida de segurança, ante a omissão legislativa. Outra questão ao qual não foi amplamente discutida e sobre as formas de constatação dos adicionais, uma vez que ambos dependem de perícia técnica para serem comprovados, independente que seja na via judicial ou administrativa.

O debate sobre a cumulação dos adicionais, vem ganhando uma proporção grandiosa na área trabalhista, uma vez que segundo tese defendida pelos doutrinadores os fatos geradores dos direitos serem diversos, nem mesmo o fundamento da legalidade e plausível para justificar a impossibilidade de cumulação, vez que existem outros dispositivos legais que serviriam de base para a cumulação.

Por esse motivo, além da proteção Constitucional dada ao trabalhador e os princípios gerais de direito e os trabalhistas (o que por si só fundamentaria a percepção dos adicionais de forma cumulada), após a inclusão no sistema jurídico interno das Convenções Internacionais nº 148 e 155, com a qualidade de normas materialmente constitucionais ou supralegais, como decidido pelo STF, que determina ainda, a atualização contínua da legislação acerca das condições nocivas de labor e a consideração

dos riscos para a saúde do trabalhador oriundos da exposição simultânea a várias substâncias insalubres e agentes perigosos. Não se aplica mais a norma da CLT, fazendo com que o pagamento cumulado dos adicionais de insalubridade e de periculosidade não seja somente possível, como também exigível desde a ratificação de referidas convenções no ordenamento jurídico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Amador Paes. CLT comentada. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2007

ARAÚJO, Francisco Rossal de. A saúde do trabalhador como direito fundamental (no Brasil). Justiça do trabalho, Porto Alegre. 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de. A Eficácia Jurídica dos Princípios constitucionais. O princípio da dignidade da pessoa humana. 2a ed. R.J.: Renovar, 2008.

BARROS, Alice Monteiro de. Curso de Direito do Trabalho. Editora LTr. 7º edição. São Paulo.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Editora RT. 2015

____BRASIL. Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 30/10/2015

CASSAR, Voila Bonfim. Direito do Trabalho. 4º ed. Niterio. Impetus. 2010

____CORDEIRO, Luis Fernando. Possibilidade constitucional e legal de cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. In: Revista LTr, suplemento trabalhista, v.43,n.142,dezembro|2007.Disponível em : <[HTTP://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41_artigos-do-professor-cordeiro&itemid=54](http://www.professorcordeiro.com/index.php?option=com_content&view=article&id=56:possibilidade-constitucional-e-legal-de-cumulacao-dos-adicionais-de-insalubridade-e-periculosidade&catid=41_artigos-do-professor-cordeiro&itemid=54)>. Acesso em 20/10/2015

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 4º edição. São Paulo, Editora LTr, 2015

FORMOLO, Fernando. A cumulação dos adicionais de insalubridade e periculosidade. Revista Justiça do Trabalho, Porto Alegre. 2006.

GALINDO, Bruno. Direitos fundamentais: análise de sua concretização constitucional. Curitiba: juruá. 2004.

GARCIA, Gustavo Felipe Barbosa. Curso de Direito do Trabalho. 6. ed. São Paulo: Forense, 2012.

_____GOMES, Luiz Flávio. Normas, Regras e Princípios: Conceitos e Distinções. Jus Navigandi, Teresina, Ano 9, Nº 851, 1 nov 2005. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/7527/normas-regras-e-principios> >. Acesso em: 20/10/2015.

KROST, Oscar. Trabalho prestado em condições insalubres e perigosas: possibilidade de cumulação de adicionais. Justiça do Trabalho, São Paulo, 2004.

_____LOPES, Izidora Divina. Salário e Remuneração. Disponível em: <<http://recantodasletras.uol.com.br/artigos/839622>>. Acesso em: 25/10/2015.

MARTINS, Sergio Pinto. Direito do Trabalho. 27ª edição. São Paulo. Editora atlas, 2011.

_____MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. Evocati Revista. n. 13. Jan. 2007 Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em 25/10/2015

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.

MONTAL, Zélia Maria Cardozo. O Trabalho como direito humano da pessoa com deficiência. Inc: PIOVESAN, Flavia (coord.). Direitos Humanos do Trabalho: Atlas, São Paulo. 2010.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Curso de Direito do Trabalho. São Paulo: Saraiva, 2006.

NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. Manual de introdução ao direito. 3a ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Indenizações por acidente do trabalho ou doença ocupacional. 5. ed. São Paulo: LTr, 2009.

PENA, Tânia Mara Guimarães. Cumulação de adicionais na relação de emprego: respeito ao direito humano à saúde do trabalhador. Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, Belo Horizonte. 2011.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. Princípios de Direito do Trabalho. 3. ed. São Paulo: LTr, 2000.

_____SALIBA, Graciane Rafisa; RODRIGUES, Eliana de Andrade. A busca da justiça social no Brasil com a adoção de convenções da Organização Internacional do Trabalho. Disponível em: <https://s3.amazonaws.com/conpedi2/anteriores/XVI+Encontro+Preparat%C3%B3rio+para+o+Congresso+Nacional+->

+Campos+dos+Goytacazes+(13%2C+14+e+17+de+junho+de+2007).pdf. Acessado em 25/10/2015.

SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. O Direito do Trabalho como instrumento de justiça social. São Paulo: LTr, 2000.

SÜSSEKIND, Arnaldo. Instituições de Direito do Trabalho. 22. ed. atual. São Paulo: LTr, 2005. V. II.

Capítulo VII

A AÇÃO CIVIL PÚBLICA TRABALHISTA NO CENÁRIO DA CONSTITUCIONALIZAÇÃO DO PROCESSO COLETIVO

João Carlos Medrado Sampaio
Henrique Ribeiro Cardoso

RESUMO: Com base na análise da construção histórica dos principais axiomas do liberalismo econômico-jurídico e do paradigma do individualismo são analisados como tais elementos influenciaram a construção clássica do sistema processual. Confronta-se tal contexto com o ambiente dos contemporâneos conflitos de massa, demonstrando-se a atual evolução do paradigma processual do individual ao coletivo contemplando litígios que hodiernamente envolvem coletividades, analisadas em especial no âmbito das demandas no interesse de coletividades. Busca-se demonstrar que o caminho da efetividade da tutela dos direitos trabalhistas tem como eixo norteador a tutela coletiva com o exame específico da ação civil pública trabalhista, seus principais elementos e seu potencial de efetividade. O presente estudo, sobre a efetividade da ação civil pública trabalhista no cenário da constitucionalização do direito a partir da Constituição Federal de 1988, possui ênfase em visão multidisciplinar, em especial na necessária interação entre a ciência jurídica e a econômica, sob a égide do condicionamento dos direitos fundamentais sociais a todo o ordenamento jurídico como meio de sua efetivação.

PALAVRAS-CHAVE: Constitucionalização. Ação civil pública. Direito do trabalho.

ABSTRACT: Study on the effectiveness of labor public civil procedure in the constitutionalizing of legal system as set in the 1988 Brazilian Federal Constitution. Based on the analysis of the historical construction of the main axioms of economic and legal liberalism and individualism paradigm analyzing how such elements influenced the classical building of the procedural system. Confronting such scenario with the contemporary mass conflict environment, showing the current evolution of the procedural paradigm from the individual to the collective, contemplating how litigation in our times involve communities analyzed particularly in the context of the labor demands. Examines effectiveness of labor rights protection in a collective perspective, its main elements and its potential effectiveness. Emphasis on a multidisciplinary approach among the humanities, especially the necessary interaction and cross-fertilization between legal science and the economy under the aegis of conditioning the legal system to the fundamental social rights as a way of its effectiveness.

KEYWORDS: Constitutionalizing. Civil Procedure. Labor law.

INTRODUÇÃO

No plano histórico, apesar da gênese do normativo trabalhista poder ser encontrada na revolução industrial do século XIX, é no século XX com os grandes conflitos sociais e as grandes guerras mundiais que o conflito entre o capital e o trabalho provocam um redesenho de toda a geopolítica do mundo.

Assim, eventos marcantes como a 1ª Guerra Mundial, a Revolução Comunista de 1917, a Segunda Guerra Mundial, a Guerra Fria e o desmonte do bloco soviético simbolizado pela queda do Muro de Berlim, são marcas de um século de grandes transformações nas formas de relacionamento entre grupos sociais antagonizados.

Neste século e ao fim de um conturbado século XX, o mundo já não é mais o mesmo, o ocaso da União Soviética, o despertar da China como novo gigante econômico, a dinâmica do capitalismo e suas sociedades de massa sempre em transformação criam novos desafios ao processo de pacificação social.

O modelo Chinês, por sua vez, não encontra na doutrina tradicional definição que o encerre: não é mais comunista, pois pratica abertamente o modo de produção capitalista, louva a iniciativa privada e busca ferozmente os mercados de além mar; não é ainda capitalista na concepção que conhecíamos, pois o Estado intervém ativamente na economia direta e indiretamente, direcionando ao talante de um restrito grupo político os destinos da nação.

Neste ambiente a acelerada transformação do cenário socioeconômico global e nacional passa a expor os atores do mercado de trabalho não somente às ameaças domésticas, mas agora também a um contexto de competição por vagas de trabalho, globalmente tabuladas. Uma vaga de trabalho encerrada hoje no Brasil pode significar a sua instantânea abertura em Shanghai, Mumbai ou em Anuradhapura; ou mesmo diante da acelerada automação, a sua absoluta supressão.

Novos fenômenos, que expressam a dinâmica capitalista como o Dumping Social, a organização produtiva globalmente planejada, e mesmo a velocidade dos fluxos de capital, expõem a falência crescente do sistema de tutela dos direitos laborais cuja concretização ainda se vale preponderantemente das lides individuais processadas à luz de paradigmas edificados para conflitos entre indivíduos, e não para coletividades, sob a égide de uma legislação celetista explicitamente superada.

Por fim num cenário contemporâneo do ordenamento jurídico brasileiro inaugurado pela Carta constitucional de 1988 e marcado pela constitucionalização do direito, discutiremos os possíveis caminhos para a efetividade da moderna tutela trabalhista e examinaremos especialmente a Ação Civil Pública de essência coletiva analisando a sua potencial capacidade processual de prover maior efetividade à tutela dos direitos fundamentais, sob o pressuposto de que tanto a construção quanto a aplicação da norma trabalhista exige cada vez mais dos atores sociais envolvidos um conhecimento mais aprofundado e sistêmico da nova ordem constitucional marcada pela centralidade do ser humano dignificado e pelo condicionamento de todo o ordenamento à sua concretização.

1 LIBERALISMO E INDIVIDUALISMO

A visão da sociedade como o resultado de um contrato social, exposta pelos clássicos autores contratualistas, defende a ideia de que sem o Estado e as suas normas,

o ser humano viveria em estado de natureza, onde todos estariam a mercê de todos e os mais fortes subjugaria os mais fracos. Sacadura Rocha acrescenta que aqueles autores “discutem a legitimidade e as origens da legitimidade do Poder e do Estado. A concepção de que o contrato social é o instrumento que capacita o Estado moderno a ter o poder, é uma ideia que sobrevive até os nossos dias”.

Na Europa feudal, o homem vivia sob a vontade e as regras dos reis, que as podiam modificar ao seu talante, num ambiente que poderíamos chamar, de total insegurança jurídica. Conforme Steinfeld, tal insegurança atingia igualmente as relações de trabalho, tamanha era a disparidade entre o senhor feudal e o seu servo. Na Inglaterra da primeira metade do século XVII, por exemplo, vigoravam normas, que davam ao senhor feudal o direito até de aprisionar e punir o servo que não cumprisse satisfatoriamente as suas tarefas, estando a extensão e o rigor das punições, inteiramente sujeitas à discricionariedade daquela autoridade local.

Diante daquele mundo “das trevas”, é natural o encanto que poderia provocar no homem daqueles longínquos tempos, a ideia então utópica, de que todos seriam iguais perante a lei, e que a mesma não seria modificada pelo seu aplicador.

Ainda em 1688 a Revolução Gloriosa na Inglaterra estabeleceu limites ao poder do Re, quando os protestantes ingleses clamavam por liberdade de consciência, de opinião e de expressão. Eis que o Liberalismo, consolidado a partir das revoluções burguesas, com destaque para a Revolução Francesa, trouxe um conjunto de novos paradigmas à civilização Ocidental. Segundo Perry, aquele novo conjunto de ideias, teria como marco central o indivíduo, livre, igual e fraterno.

Assim, as primeiras décadas do século XIX foram marcadas por uma espetacular ascensão da burguesia: banqueiros, comerciantes, industriais; em busca da consolidação das ideias liberais, necessitavam sepultar o sistema baseado na nobreza, na posse de terras e de servos. O modo de produção capitalista se impunha em face da Revolução Industrial que rapidamente esvaziava os campos e transformava a paisagem das cidades. Os mercados se expandiam, as grandes navegações tornavam o mundo maior.

Mas o novo sistema necessitava de um conjunto completo de normas que garantissem os princípios liberais e mantivessem o Estado nas mínimas dimensões possíveis. Do ponto de vista normativo, o ordenamento jurídico deveria garantir a partir da conformação do Direito, um conjunto de normas que permitissem a consolidação e expansão do capitalismo liberal.

Não sem razão o Código Napoleônico de 1804, com seus 2281 artigos, buscava abarcar as mais diversas situações que seriam reguladas pela norma: era a quimera da completude do sistema legal. Surge então na França a escola de exegese, que segundo Silvio Oliveira, fascinava boa parte da intelectualidade jurídica francesa; desde Proudhon, como o seu famoso Cours de Droit Français de 1808, passando por Duranton, autor do Cours de Droit Français suivant le Code Civil, obra de 22 volumes publicada em 1825, e chegando mesmo ao final do século XIX, fase final da escola de exegese, com a obra de Guillouard, intitulada Commentaire Theorique et Pratique de Droit Civil de 1895.

Para os exegetas o conjunto normativo em vigor deveria ser suficiente para regular todas as situações da vida social, de modo que o jurista deveria submeter-se cegamente a tais normas pois tudo ali estaria previsto, era um momento singular na história do Direito em que se acreditava na completude do sistema normativo.

Assim, segundo Oliveira para os exegetas “o código metodologicamente exposto, se apresenta como um teorema cujo objetivo é demonstrar e deduzir as suas

consequências, até o ponto de vista verdadeiro. O juiz é o geômetra, enquanto o Direito é puramente como a geometria”.

Porém, mais do que o mito da completude do sistema jurídico, estava sendo edificado naquele momento o sistema jurídico liberal que se consolidava com foco no individualismo, em contraposição ao coletivo e ao Estado.

Neste sentido, leciona Colin Bird, que o liberalismo seria uma teoria sócio-política que postula que a produção e a aplicação das normas fundamentais da sociedade devam estar condicionadas pelos valores do individualismo que compreenderiam assim: a segurança do indivíduo, a preponderância dos interesses individuais sobre os coletivos, a liberdade, a propriedade e a privacidade entre outros.

Ainda segundo o autor, a construção teórica geral do liberalismo depende de uma “metafísica individualista” baseada numa suposta prioridade ontológica, metodológica, e axiológica do indivíduo sobre a sociedade como um todo. Ou seja, o ideal liberal estaria baseado em uma coerente e poderosa teoria política e social, que ganhou força na segunda metade do século XX, especialmente após a Segunda Guerra Mundial com a separação do mundo em dois grandes e explícitos blocos ideológicos liderados no bloco comunista pela União Soviética, e no bloco capitalista, pelos Estados Unidos.

Delineava-se a guerra fria, num ambiente que necessitava, de autores emblemáticos da construção teórica da ideologia individualista, como Karl Popper, Ludwig von Mises, Hayek, Talmon e Berlin. Segundo Bird, o entendimento de Hayek sobre o que seria individualismo, levava ao questionamento inicial de quais seriam as suas características essenciais. Tratar-se-ia primordialmente de uma teoria sobre a sociedade, uma tentativa de entender as forças que determinam a vida social do homem, e apenas em segunda instância, um conjunto de máximas políticas derivadas dessa visão da sociedade.

Acrescenta ainda o autor que, tanto para Hayek quanto para Popper os valores “individualísticos” do liberalismo estão fundados na mais profunda forma teórica de individualismo, tratado assim como um axioma teórico autônomo, de todo o pensamento social e político liberal.

Tais autores, frequentemente se referem em suas obras ao que chamaram de formas de antiliberalismo, como o nacionalismo, o socialismo, o corporativismo e a intervenção estatal na economia que começavam a vicejar no pós-guerra.

2 O PARADIGMA INDIVIDUALISTA NO SISTEMA PROCESSUAL CLÁSSICO

Considerando, que no plano jurídico, diante de pretensões resistidas, é através do processo que se concretizam os direitos materiais estatuídos na norma, seria então lógico buscar na efetividade do processo trabalhista, as possíveis sendas para uma efetiva tutela dos direitos previstos no amplo normativo jurídico hodiernamente disponível.

Teori Zavascki, afirma que o sistema processual clássico foi concebido para atender a tutela de lesões a direitos subjetivos individuais, a partir de demandas provocadas pelo lesado. Refletindo tal assertiva o Art. 6º. do Código de Processo Civil dispõe:

Art. 6º. Ninguém poderá pleitear, em nome próprio, direito alheio, salvo quando autorizado por lei.

Recorda o autor que não se previu no código de 1973, instrumentos para a tutela coletiva de direitos:

(...) salvo mediante a fórmula tradicional do litisconsórcio ativo, ainda assim sujeito, quanto ao número de litisconsortes, a limitações indispensáveis para não comprometer a defesa do réu e a rápida solução do litígio (art. 46, § único). Não se previu, igualmente, instrumentos para a tutela de direitos e interesses transindividuais, de titularidade indeterminada, como são os chamados “interesses difusos e coletivos”.

Aduz ainda o Ministro que a elaboração do modelo processual civil foi norteadada pelo conceito de que a função jurisdicional, e por conseguinte o processo enquanto seu instrumento, objetivam resolver conflitos de interesses concretizados, ou seja, “de um específico fenômeno de incidência da norma abstrata, sobre um suporte fático, já ocorrido ou em vias de ocorrer”.

A respeito da influência do liberalismo (e do seu intrínseco paradigma individualista), Barbosa Moreira destaca que a gênese e o desenvolvimento do direito processual civil ocorreram em períodos históricos marcadamente influenciados pelo “liberalismo individualista”, condicionando assim a própria existência do processo à existência de partes, subjetivamente identificáveis, e com objetos materialmente divisíveis.

Didier, por sua vez, referindo-se ao Código Civil de 1916 e à evolução jurídica das tutelas coletivas, afirma que a então nova codificação fora pensada para afastar “qualquer possibilidade para as tutelas coletivas”, e acrescenta: “(...) marcadamente individualista, centrado no proprietário, e na autonomia da vontade do cidadão”, conforme denota a redação do Art. 76 da Lei 3071/16:

Art. 76. Para propor, ou contestar uma ação, é necessário ter legítimo interesse econômico, ou moral.

Parágrafo único. O interesse moral só autoriza a ação quando toque diretamente ao autor, ou à sua família.

Arremata ainda aquele autor que tal iniciativa legislativa, significou um verdadeiro “réquiem” às tutelas do Brasil de antanho:

Com isto foram atingidas não só a ação popular como conhecemos hoje, mas todas as demais tutelas coletivas, todo o gênero das demandas em que o titular do direito material não fosse um indivíduo concretamente identificado, já que suprimidas foram quaisquer tutelas cíveis de interesses coletivos (não individuais). Ora, somente na Constituição de 1934, pela primeira vez tivemos a expressa menção às ações populares. Até aquele momento histórico o instituto havia sido eficazmente suprimido do direito pátrio em prol de uma duvidosa pureza do sistema do direito civil.

Por outro lado, o próprio desenvolvimento humano nos conduziu a uma sociedade de massas cujos conflitos, ultrapassando a mera dicotomia entre as partes, assumem o caráter do que Mancuso denominou de megacontrovérsias, para cuja resolução a teoria processual clássica não oferece qualquer solução.

Do ponto de vista ainda da inaptidão do processo clássico na solução dos conflitos metaindividuais, Simão de Melo aponta outro elemento crucial: o tempo decorrido entre o ajuizamento da ação e o seu deslinde final. A pleora de ações individualmente ajuizadas por uma questão algébrica, dilata o tempo de sua resolução, quando todavia muitos dos temas ali apreciados interessam igualmente a segmentos inteiros de

trabalhadores que teriam na via processual coletiva uma prestação jurisdicional mais efetiva.

O arquétipo individualista do código de Processo Civil brasileiro, em face da sua ineficácia na resolução dos litígios de massa, tem na superação do dualismo entre direito público e direito privado uma “ponte” para a evolução da tutela: a transição do paradigma individual para o coletivo, na lição de Didier:

O problema em relação aos direitos coletivos se coloca no confronto entre a posição de tratamento atomizado (tratar o conflito como se fosse um átomo), disposta no artigo 6º. do CPC como "técnica de fragmentação dos conflitos" e os textos integrados do CDC e da LACP que impõem um tratamento "molecular" aos conflitos coletivos lato sensu.

Ou seja, o desenvolvimento e massificação das relações sociais conduzem à ocorrência cada vez mais frequente de situações “padrão”, que permitem igualmente uma solução “padrão”. O surgimento e ampliação dos meios processuais para resolução coletiva de conflitos seria então uma consequência natural do sistema jurídico processual que altera a tradicional concepção individualista do processo.

3 O PARADIGMA PROCESSUAL COLETIVO E A AÇÃO CIVIL PÚBLICA

A crescente preocupação das sociedades modernas em buscar uma resposta para a solução de conflitos, também reverberou no ordenamento jurídico brasileiro, sobretudo em face do desenvolvimento econômico e social que trouxe novos conflitos de natureza coletiva como aqueles decorrentes das ameaças ao meio ambiente, das relações de consumo e das relações de trabalho.

Segundo Didier, o progresso da tutela coletiva no Brasil do final do século XX teria sido facilitado por uma tradição jurídica por nós herdada das Ordenações do Reino, denominada de “bartolismo”. Explica o autor:

Este conceito expressa a nossa predisposição para a aceitação da "boa razão" dos povos civilizados, na busca de melhor resolver as questões jurídicas, tanto com importação doutrinária, quanto com transplante legislativo de normas alienígenas. Daí ser correta a expressão proposta por Antonio Gidi para a recepção das class actions norte-americanas no nosso direito processual, trata-se de um: "transplante responsável”.

A denominada Revolução Processual, descrita por Zavascki que permitiu a inserção em nosso ordenamento jurídico de instrumentos vanguardistas de tutela coletiva, tem como pano de fundo um momento de redemocratização do país, com o fim, em 1985, do regime militar vigente desde 1964, revelando como a história e a contraposição das forças sociais, têm o poder de conformação sobre o ordenamento jurídico.

Acerca da receptividade do ordenamento jurídico brasileiro aos postulados coletivistas, Didier, acrescenta:

O modelo brasileiro auxilia em muito na passagem das normas abertas do direito norte-americano para os ordenamentos de civil law, não é idêntico ao modelo das class actions, mas nele se inspirou para estabelecer muitas de suas premissas. Temas importantes como a definição do conceito de direitos coletivos lato sensu, a disciplina peculiar da legitimação por substituição processual e a extensão da coisa julgada secundum eventum litis ou secundum eventum probationis são peculiaridades próprias do direito brasileiro que se repetem nos projetos para a harmonização das regras sobre

processos coletivos nos países de civil law, por serem imperativos da recepção responsável desses institutos.

Mancuso, bem sintetiza a gênese contemporânea da tutela coletiva no Brasil do século XX:

Desde o último quartel do século passado, foi tomando vulto o fenômeno da ‘coletivização’ dos conflitos, à medida que, paralelamente, se foi reconhecendo a inaptidão do processo civil clássico para instrumentalizar essas megacontrovérsias, próprias de uma conflitiva sociedade de massas. Isso explica a proliferação de ações de cunho coletivo, tanto na Constituição Federal (arts. 5.º, XXI; LXX, ‘b’; LXXIII; 129, III) como na legislação processual extravagante[...]

Do ponto de vista do acervo normativo no âmbito das normas de essência coletivista, vale ressaltar ainda que antes da Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) o sistema processual brasileiro carecia dos instrumentos efetivos para a atuação processual coletiva. Em 1981 contudo, a Lei Complementar n.º. 40 foi o primeiro texto legal no sistema processual brasileiro a tratar da Ação Civil Pública. Porém, como aduz Simão de Melo o alcance da ação ainda era por demais restritiva.

Neste diapasão, a Lei 7.347/85, disciplinou a Ação Civil Pública de responsabilidade por danos causados ao meio-ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico e aos direitos e interesses difusos de um modo geral. Importante ainda ressaltar que em 1988, com a promulgação da nova Constituição Federal, a tutela dos direitos transindividuais foi alçada a valor constitucional, como podemos aferir nos seguintes dispositivos da Lex Legum:

Art. 5º.

XXXV - a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito;

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Após 1988 diversas normas que identificavam e protegiam interesses metaindividuais foram inseridas em nosso ordenamento jurídico, a exemplo da Lei 7.853 de 24/10/89 que dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, objetivando a sua integração social e instituindo expressamente a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos daquelas pessoas, bem como disciplinando a atuação específica do Ministério Público.

Temos ainda neste período a criação do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069 de 13/07/90), do Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078 de 11/09/90), da lei que pune a improbidade na administração pública (Lei 8.429 de 02/06/92) e do Estatuto do Idoso (Lei 10.741 de 01/10/2003).

4 A AÇÃO CIVIL PÚBLICA NA TUTELA TRABALHISTA

Vistos os pressupostos teóricos básicos que nos conduziram na senda histórica ao contexto atual do sistema de tutela de direitos coletivos, nos deteremos adiante ao exame específico da Ação Civil Pública na tutela dos direitos trabalhistas.

Segundo Saraiva a Ação Civil Pública, representa “o principal meio de acesso à jurisdição coletiva, principalmente no âmbito laboral, uma vez que a hipossuficiência do trabalhador acaba por inibir o seu acesso ao Judiciário.” Tem-se então no processo coletivo, a afirmação de uma situação de interesse coletivo com repercussão no mundo jurídico, com a consequente extensão subjetiva da coisa julgada.

A Constituição Federal de 1988 tutela uma ampla gama de direitos fundamentais. Dispõe não somente sobre aqueles direitos ditos de primeira geração, como os direitos civis e políticos, mas avança mais ao garantir os direitos de segunda geração, como os sociais, econômicos e culturais. É todavia na tutela dos direitos de terceira geração denominados direitos metaindividuais, que a tutela coletiva ganha esteio constitucional na novel *Lex Legum*.

Neste Sentido ensina Sarlet:

A constatação de que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, na medida em que podem, em princípio, ser considerados tanto como direitos subjetivos individuais, quanto elementos objetivos fundamentais da comunidade, constitui, sem sobra de dúvida, uma das mais relevantes formulações do direito constitucional contemporâneo, de modo especial no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais.

Os direitos metaindividuais, não se destinam apenas ao ser humano considerado unitariamente. De forma mais ampla, é o ser enquanto gênero humano que está tutelado sob a égide da fraternidade entre os seres humanos que são coletivamente titulares de direitos tais como a paz, o meio ambiente sadio, ao patrimônio comum de toda humanidade e a relações dignas de trabalho, entre outros.

Neste diapasão, Garcez, em face do princípio da supremacia da norma constitucional, afirma que a inserção da Ação Civil Pública no texto constitucional tem “implicações relevantes na aplicação do instituto”, de modo a consolidar o potencial protetivo da Ação Civil Pública no contexto da nova ordem constitucional inaugurada pela Constituição Federal de 1988. Dispõe ainda o autor, que:

Quando a norma processual se volta para a tutela coletiva, impõe-se uma verdadeira alteração de paradigmas. A necessidade de renovação do rito processual, advém da própria ideia de instrumentalidade do processo, radicalizada na gênese dos procedimentos especiais, que deve traduzir a construção da marcha processual, a partir das singularidades do direito material em questão.

Especificamente em relação aos direitos laborais, o Art. 7º ao 11 da Constituição Federal enumeram diversos direitos, agora constitucionalizados. Num contexto atual de uma sociedade industrial e de massas, onde os contratos de trabalho são ajustes que envolvem milhões de trabalhadores, a tutela constitucional dos direitos laborais revela-se potencialmente de grande alcance social.

Todavia, a proteção constitucional das relações de trabalho, que não se limita aos citados artigos, demanda a existência de institutos e de instituições responsáveis pela proteção dos direitos transindividuais difusos e coletivos. Assim o Art. 129 da *Lex Legum* dispõe:

Art. 129. São funções institucionais do Ministério Público:

III - promover o inquérito civil e a ação civil pública, para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos;

Como vimos anteriormente, o sistema processual clássico não oferecia remédios jurídicos eficazes à tutela de tais interesses. Assim, na perspectiva de Saraiva o advento da nova Constituição Federal de 1988, “permitiu a utilização da ação civil pública,

também no âmbito da Justiça do Trabalho, pois o texto constitucional não faz qualquer distinção entre os ramos do Ministério Público que estão legitimados a promover a atinente ação civil pública”.

Temos então no processo coletivo, figurando como um dos seus principais instrumentos legais, a Lei de Ação Civil Pública (Lei 7.347/85) que em consonância com a Constituição Federal de 1988 atribuiu ao Ministério Público, como uma das suas funções institucionais a promoção do inquérito civil e da Ação Civil Pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, e de outros interesses difusos e coletivos, conforme disposto no Art. 129, inciso III da Constituição Federal de 1988.

Se restava ainda alguma dúvida quanto à aplicação da Lei de Ação Civil Pública na tutela dos diversos interesses coletivos, com o advento da Lei 8.078/90 - Código de Defesa do Consumidor - esclareceu-se definitivamente a questão, na medida em que o Art. 110 daquele Código, ao introduzir no Art. 1º. da Lei de Ação Civil Pública o inciso IV dispôs, in verbis:

Art. 1º Regem-se pelas disposições desta Lei, sem prejuízo da ação popular, as ações de responsabilidade por danos morais e patrimoniais causados:

- I - ao meio-ambiente;
- II - ao consumidor;
- III - a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;
- IV - a qualquer outro interesse difuso ou coletivo.
- V - por infração da ordem econômica;
- VI - à ordem urbanística.

O Art. 81 do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90, destacando a tutela coletiva de direitos, determina em seu parágrafo único:

Art. 81. A defesa dos interesses e direitos dos consumidores e das vítimas poderá ser exercida em juízo individualmente, ou a título coletivo.

Parágrafo único. A defesa coletiva será exercida quando se tratar de:

I - interesses ou direitos difusos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato;

II - interesses ou direitos coletivos, assim entendidos, para efeitos deste código, os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base;

III - interesses ou direitos individuais homogêneos, assim entendidos os decorrentes de origem comum.

Por fim, a Lei Complementar no. 75 de 20/05/1993, acerca do inquérito civil e da Ação Civil Pública, assim dispõe:

Art. 6º Compete ao Ministério Público da União:

- VII - promover o inquérito civil e a ação civil pública para:
 - c) a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor;
 - d) outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos;

Por conseguinte com o conjunto de instrumentos legais agora disponíveis, é possível falar em um microsistema de tutela dos direitos difusos, coletivos strictu sensu, e individuais homogêneos também no âmbito trabalhista, que atualizam legislativamente o tema, na medida em que o conjunto normativo trabalhista tradicional, cujo núcleo é a Consolidação das Leis do Trabalho, Decreto Lei 5452 do longínquo 1º de maio de 1943, não oferece os instrumentos normativos necessários à tutela e efetivação coletiva dos direitos trabalhistas hodiernamente demandados.

CONCLUSÃO

No plano processual, uma vez estabelecido o conflito é a efetividade do processo que determinará se o direito material foi ou não satisfatoriamente tutelado. Neste diapasão, o Direito do Trabalho enquanto direito que tutela interesses de massa, quando aplicado apenas sob a égide de lides individuais não responde satisfatoriamente à tutela social para qual está constitucionalmente vocacionado.

Por outro lado, sob o paradigma da tutela coletiva evolui-se da resolução pontual e individual de conflitos para formas mais efetivas de resolução de conflitos, com suas contemporâneas formas metaindividuais de legitimação das partes, efeitos da coisa julgada e facilitação do acesso à justiça pelos grupos sociais mais fragilizados, numa concepção processual mais flexível e mais voltada a adaptar o rito ao fato, aproximando-se da almejada instrumentalidade processual e do seu consequente alcance social.

No âmbito das ações coletivas, a Ação Civil Pública Trabalhista, alçada à condição de ação constitucional, assume relevante papel no plano da efetividade da tutela dos direitos fundamentais sociais. Trata-se de instrumento que dispõe de expedientes extrajudiciais de investigação e de ajustamento de conduta, possibilitando um possível entendimento através da marcha dialógica entre os polos conflitantes, previamente ao embate Judicial, podendo inclusive evitá-lo.

Contudo, as ciências humanas não podem ser consideradas isoladamente. No caso da Ação Civil Pública Trabalhista, os aspectos econômicos estão na essência da própria relação laboral, de modo que o domínio da transversalidade e da multidisciplinaridade entre os ramos das ciências humanas envolvidas, são uma exigência das interações entre o econômico e o legal.

As ciências humanas, assim, não podem ser consideradas isoladamente, o conhecimento humano se perfaz através de um enfoque múltiplo, não hermético entre as ciências, traduzido na transversalidade entre os ramos do conhecimento humano. No plano das relações de trabalho, é notória a interação dinâmica entre o plano jurídico e o econômico, desse modo entender tais interações se torna essencial para conferir efetividade a tal ação.

Com base nos argumentos expostos ao longo do presente trabalho concluímos assim que o alcance da almejada efetividade da tutela dos direitos trabalhistas através da Ação Civil Pública Trabalhista exige um condicionamento constante aos valores constitucionais fundamentais, objetivando a sua plena concretização no contexto da sua evolução histórica e da sua dinâmica global.

REFERÊNCIAS

- BIRD, Colin. The myth of liberal individualism. 3. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2004.
- DIDIER JR., Fred; ZANETTI JR., Hermes. Curso de direito processual civil: Processo coletivo: vol 4, 6. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2011.
- GARCEZ, José Maria. Arbitragem nacional e internacional. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. A resolução de conflitos e a função judicial no contemporâneo estado de direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- MOREIRA, José Carlos Barbosa. Temas de direito processual: terceira série. São Paulo: Saraiva, 1984.
- OLIVEIRA, Silvio Luiz. Metodologia científica aplicada ao direito. São Paulo: Thomson, 2002.
- PERRY, Marvin. Western civilization: ideas, politics and society. 9. ed. Boston: H.M.H. Publishing Company, 2009, p. 534. Disponível em: <<http://books.google.com.br>> Acesso em: 27 maio 2016.
- ROCHA, José Manuel Sacadura. Fundamentos de filosofia do direito. 4 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SARAIVA, Renato. Curso de direito processual do trabalho. 6 ed. São Paulo: Método, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.
- SIMÃO DE MELO, Raimundo. Ação civil pública na justiça do trabalho. São Paulo: LTR, 2012.
- STEINFELD, Robert J. The invention of free labor. North Carolina: The University of North Carolina Press, 1991, p. 96. Disponível em: <<http://books.google.com.br>> Acesso em: 21 maio 2016.
- ZAVASCKI, Teori Albino. Processo coletivo: Tutela de Direitos Coletivos e Tutela coletiva de Direitos. 2005. Tese (Doutorado em Direito). Universidade Federal do Rio Grande do Sul, Porto Alegre.

Capítulo VIII

A RESPONSABILIDADE CIVIL POR DANOS AO MEIO AMBIENTE LABORAL SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

THE CIVIL LIABILITY FOR DAMAGE TO ENVIRONMENTAL WORKPLACE UNDER THE PERSPECTIVE OF RIGHTS WORKER PERSONALITY

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA
VIVIAN GERSTLER ZALCMAN
CONRADO FALCON PESSOA

RESUMO: O meio ambiente, como direito fundamental, é instituído na Constituição Federal de 1988 e em diversas legislações infraconstitucionais. O ambiente artificial do trabalho, como espécie de meio, também tem sua manutenção a ser observada, neste caso, pelo empregador e pelo próprio Estado. Sua alteração traz efeitos a direitos fundamentais, inclusive os direitos da personalidade, afetando o trabalhador e sua dignidade. Ao falhar em sua obrigação, pelo vínculo contratual de manter um ambiente sadio, o empregador trará consequências para si e seus empregados, em virtude deste inadimplemento contratual. Desta forma, objetiva-se expor sobre estas consequências e qual mecanismo adequado para sua reparação ou prevenção. Para isto, utilizou-se da pesquisa doutrinária e documental, baseada em legislações e exposições científicas.

PALAVRAS-CHAVE: Meio Ambiente; Contrato; Inadimplemento; Consequências; Responsabilidade Civil.

ABSTRACT: The environment, as a fundamental right is established in the Federal Constitution of 1988 and several infra legislation. The artificial work environment, as a kind of medium, also has its maintenance to be observed in this case, the employer and the state itself. Your change brings effect to fundamental rights, including the rights of personality, affecting workers and their dignity. By failing in its obligation, the contractual obligation to maintain a healthy environment, the employer will bring consequences for themselves and their employees, because of this breach of contract. Thus, the objective is to expound on these consequences and which appropriate mechanism for repair or prevention. For this, we used the doctrinaire and documentary research, based on laws and scientific exhibits.

KEYWORDS: Environment; Contract; Default; Consequences; Civil liability.

INTRODUÇÃO

O meio ambiente, ao ser positivado como direito fundamental na Carta Magna, ganhou maior destaque e proteção. A partir deste gênero, surgem espécies que possuem características semelhantes àquele e suas especificidades. Neste trabalho será abordado o meio ambiente do trabalho.

Esta espécie possui grande relevância, tendo em vista sua ligação com diversos direitos fundamentais, como os direitos da personalidade, e, ainda, por ser também um direito autônomo, devendo ter seu equilíbrio preservado.

Este trabalho visa então, abordar esta espécie de meio ambiente, a partir de uma gradação de conceitos, demonstrando outros direitos ligados a manutenção do meio ambiente do trabalho equilibrado e, caso haja o descumprimento, averiguar qual a solução viável e algumas das possíveis consequências.

A gradação dar-se-á a partir da delimitação sobre o meio ambiente do trabalho, passando para o tópico seguinte, quando serão apreciados os direitos da personalidade e sua ligação com a primeira temática apresentada.

Seguindo a exposição, a análise partirá para a responsabilidade civil, demonstrando as consequências dentro de cada violação pela não preservação ao direito fundamental do meio ambiente equilibrado.

A pesquisa foi realizada na forma doutrinária e documental, baseada em legislações e exposições científicas. Buscou-se o desenvolvimento por partes, expondo conceitos isolados, para então, formar o todo, visando sempre a melhor compreensão didática.

1. OS CONTORNOS DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

Com o advento da Constituição Federal de 1988, o meio ambiente ganhou destaque como direito fundamental. Trouxe, assim, a positivação do que seria o meio ambiente e conseqüentemente demonstrou sua importância, abrindo caminhos para a conscientização e os meios para a proteção ambiental. Paulo de Bessa Antunes define o meio ambiente como um meio que:

(...) compreende o humano como parte de um conjunto de relações econômicas, sociais e políticas que se constroem a partir da apropriação dos bens naturais que, por serem submetidos à influência humana, transformam-se em recursos essenciais para a vida humana em quaisquer de seus aspectos.

Já a Lei 6938/81, que expõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, em seu art. 3º, assim o define: "Para os fins previstos nesta Lei, entende-se por: I - meio ambiente, o conjunto de condições, leis, influências e interações de ordem física, química e biológica, que permite, abriga e rege a vida em todas as suas formas".

Ao analisar estes dois conceitos para o meio ambiente, nota-se características essenciais deste direito difuso. A principal é que se trata de um direito que envolve a necessária manutenção do meio sadio e que a saúde e as condições dignas de vida estão intimamente ligadas a preservação deste direito.

O meio ambiente do trabalho é uma espécie do gênero acima exposto. Desta forma, carrega os atributos essenciais, como ser necessário para a preservação de uma qualidade de vida satisfatória e também sua ligação com a saúde do ser humano.

Andréas J. Krell conceitua meio ambiente do trabalho como: “ambiência na qual se desenvolve as atividades do trabalho humano ou o conjunto das condições internas e externas do local de trabalho e sua relação com a saúde dos trabalhadores”. Celso Antonio Pacheco Fiorillo expõe que o meio ambiente de trabalho:

Constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e na ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independente da condição que ostentem.

A partir de mais estes conceitos, percebe-se, mais uma vez, a relação entre a manutenção do meio ambiente equilibrado, a saúde do ser humano e a preservação do mínimo existencial.

Este ambiente do trabalho está ligado à prestação de serviços, o descanso do trabalhador, condições de higiene, segurança, entre outros atributos que devem ser observados pelo empregador. Está ainda, atado, conforme expõe Abraham Maslow, a pirâmide de motivações dentro deste tipo de ambiente (fisiológicas, segurança, relacionamentos, estima e realização pessoal).

O empregador em sua posição hipersuficiente frente ao empregado tem o dever de garantir a manutenção deste meio, dando condições mínimas para preservar a qualidade de vida do trabalhador, além de sua saúde e integridade física. Estes direitos estão previstos na Constituição Federal de 1988, tal como se vê do texto do artigo 7º, XXII, XXIII e XXVIII:

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

(...) XXII – redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança.

XXIII – adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei;

(...) XXVIII – seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.

A partir disto, é possível extrair quais direitos serão afetados, caso o empregador falhe em garantir o direito fundamental do meio ambiente equilibrado. Abordar-se-á, a seguir uma destas consequências, que é a violação aos direitos da personalidade do trabalhador.

2. A VIOLAÇÃO DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO TRABALHADOR

Os direitos da personalidade são inerentes ao ser humano desde sua existência até após o fim desta. Estes direitos visam a preservação da dignidade da pessoa humana e abrangem aspectos físicos, morais, psíquicos e intelectuais do ser humano. Fazem parte do grande ramo dos direitos fundamentais.

Carlos Roberto Gonçalves demonstra a ligação entre os direitos da personalidade e a existência digna do ser humano:

Os direitos fundamentais e consequentes direitos de personalidade tem íntima ligação à existência da pessoa. Destes surgem a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza ou possam vir a realizar, tais atividades podem levar o indivíduo a atingir a felicidade, exercendo suas faculdades físicas ou psíquicas, e a felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana.

Neste sentido deve ser abordado, decorrente da mesma origem da dignidade da pessoa humana, o direito da busca pela felicidade. A posição do Supremo Tribunal Federal sobre este direito demonstra que nada deve afetar ou comprometer os direitos fundamentais e, como o trabalho é um caminho para alcançar tal direito, deve ser preservado:

(...) O princípio constitucional da busca da felicidade, que decorre, por implicitude, do núcleo de que se irradia o postulado da dignidade da pessoa humana, assume papel de extremo relevo no processo de afirmação, gozo e expansão dos direitos fundamentais, qualificando-se, em função de sua própria teleologia, como fator de neutralização de práticas ou de omissões lesivas cuja ocorrência possa comprometer, afetar ou, até mesmo, esterilizar direitos e franquias individuais. Assiste, por isso mesmo, a todos, sem qualquer exclusão, o direito à busca da felicidade, verdadeiro postulado constitucional implícito, que se qualifica como expressão de uma ideia força que deriva do princípio da essencial dignidade da pessoa humana.

Os direitos da personalidade como já exposto, estão atados a preservação da dignidade da pessoa humana, e esta é definida por Ingo Sarlet como:

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

O que se extrai, então, é que cada direito ligado a personalidade do indivíduo corresponde a um valor fundamental. O Código Civil expõe alguns destes direitos, como exemplificativos, já que estão espalhados por todo o ordenamento e presentes também na própria Constituição Federal de 1988. Dentre estes exemplos, pode-se citar a imagem, a honra, o nome, a integridade, a vida, o meio ambiente ecologicamente equilibrado, dentre outros.

Estes direitos são inerentes ao ser humano, não sendo passíveis de adquirir, mas que já estão ligados à condição humana, desde que esta passa a existir. Inclusive neste rol, está presente como valor adquirido pelo ser humano, o valor ecológico decorrente do art. 225 da Carta Magna.

Em suma, estes direitos são essenciais para o desenvolvimento da pessoa humana e são garantias para preservação de uma vida digna. Como o trabalho digno é um direito e constitui fator de suma importância para sua subsistência e dignidade, sua preservação deve ser de grande relevância. Desta forma, os direitos da personalidade incidem também no Direito do Trabalho e em sua concretização.

Além da ligação destes direitos com o Direito do Trabalho, tem-se a relação com o Direito Ambiental. O direito ao meio ambiente equilibrado, direito ecológico, entre outros exemplos, também são direitos da personalidade, em razão de seu elo com a preservação de uma vida digna.

Conforme expõe Rubia Zanotelli Alvarenga, o direito ao trabalho digno e a manutenção das condições para o exercício deste, são de suma importância para preservar a dignidade humana:

A prestação laboral a ser exercida pelo trabalhador deve ser executada, desde que em conformidade os princípios constitucionais do trabalho que visam a assegurar a valorização do trabalho humano e a dignidade da pessoa do trabalhador. É por meio da proteção dada ao trabalhador no Direito do Trabalho que o princípio da dignidade da pessoa do trabalhador, previsto no artigo 1º, III, da Constituição de 1988, assegura a realização do ser humano e o atendimento aos reclamos sociais. Sem o exercício pleno dos direitos, o empregado não adquire dignidade; e, sem dignidade, o trabalhador não adquire existência plena. O conteúdo básico do Direito do Trabalho se insere na busca pela proteção e pela preservação da dignidade do ser humano em todos os seus níveis, seja material, físico, psíquico ou mental, moral, intelectual ou, ainda, existencial. Sem tal embate, o Direito do Trabalho perde a função de proteger o ser humano em toda a sua magnitude. Desse modo, a análise a ser empreendida depende da conscientização dos valores sociais e da formação de uma ordem ético-constitucional voltada para o desenvolvimento do bem-estar do trabalhador.

Neste sentido, Édis Milaré demonstra a estrita ligação entre o meio ambiente equilibrado, a vida digna, a saúde, a segurança e os direitos da personalidade:

[...] há requisitos mínimos para que o homem possa viver com dignidade, em um ambiente saudável. Nesse sentido, não existe qualidade de vida sem qualidade ambiental e é exatamente esse liame indissociável entre os dois conceitos que erige o direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado a direito humano fundamental e, mais que isso, a uma das espécies dos chamados direitos personalíssimos.

[...] Nesse sentido, a implementação do direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado converge necessariamente em direção à realização plena do direito à vida, à saúde e à segurança.

Ao concretizar um contrato de trabalho, empregador e empregado firmam uma série de obrigações, sejam elas expressas ou não. Dentre estas obrigações, está a do empregador de criar condições dignas de trabalho para seu subordinado e a manutenção destas para o exercício digno do direito ao labor. Conforme já exposto, a manutenção do meio ambiente sadio está diretamente ligada à estes direitos.

A partir do momento em que esta obrigação não é mais cumprida e o ambiente laboral passa a lesar o empregado por estar desequilibrado surge a violação aos direitos da personalidade. Isto em razão de ser afetada a sua dignidade, saúde, imagem e segurança.

Ao se constatar a inadimplência na falha na manutenção do meio ambiente laboral equilibrado, o empregador incidirá na violação de direitos fundamentais e de sua espécie, direitos da personalidade. Ao violar esta espécie fere uma série de atributos essenciais do ser humano.

Anderson Schreiber expõe sobre estes atributos e as funções dos direitos da personalidade, deixando claro que sua violação deveria ser evitada e que este

inadimplemento contratual traz danos imensos ao trabalhador. São expostas funções jurídicas que tem como escopo destacar as diferentes ameaças a estes atributos, tornando possível a prevenção de danos (função preventiva), possibilitar através da confecção de mecanismos específicos, a reparação das lesões a estes direitos (função reparatória), estimular o desenvolvimento desses atributos por meio de políticas públicas e de iniciativas sociais adequadas (função promocional).

Desta forma, são obrigações do empregador: fornecer condições mínimas para a execução da atividade laboral, os meios necessários para isto, além de controlar e fiscalizar a atividade realizada pelo trabalhador.

Cabe ressaltar que o contrato de trabalho, salvo previsto em lei, não depende de forma, sendo assim, a partir do momento que surge a relação de trabalho, passa a existir o contrato e suas obrigações.

Conforme Maria Aparecida Alckimin, a Consolidação das Leis do Trabalho traz, ainda que de forma indireta, a defesa dos direitos da personalidade e demonstra que sua violação pode dar ocorrência a rescisão contratual:

[...] trata indiretamente da defesa dos direitos de personalidade quando autoriza, no art. 483 da CLT, o empregado a considerar indiretamente rescindido o contrato de trabalho no caso de ofensa à sua honra ou de sua família, ou ainda, quando for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo.

O inadimplemento do contrato de trabalho ocorre a partir do momento em que estes direitos passam a ser violados, dando ensejo a prejuízos ao trabalhador. O inadimplemento contratual tem, como consequência, a rescisão unilateral por parte do trabalhador e pode ocasionar a responsabilidade civil pelos danos daí advindos. Conforme previsto na Consolidação das Leis do Trabalho, são causas de rescisão contratual:

Art. 483 - O empregado poderá considerar rescindido o contrato e pleitear a devida indenização quando:

- [...] b) for tratado pelo empregador ou por seus superiores hierárquicos com rigor excessivo;
- c) correr perigo manifesto de mal considerável;
- d) não cumprir o empregador as obrigações do contrato;
- e) praticar o empregador ou seus prepostos, contra ele ou pessoas de sua família, ato lesivo da honra e boa fama; [...]

Tendo em destaque estas consequências, será abordado, a seguir, a incidência do dano moral em virtude deste inadimplemento e seus fundamentos jurídicos.

3. O DANO MORAL DECORRENTE DO INADIMPLEMENTO RELATIVO AO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO.

Em virtude da violação dos Direitos da Personalidade surge, como consequência, o dano moral. Ao atingir a dignidade da pessoa humana, o dano vai além do patrimônio. Esta espécie de dano segundo Carlos Roberto Gonçalves:

[...] é o que atinge o ofendido como pessoa, não lesando seu patrimônio. É lesão de bem que integra os direitos da personalidade como a honra, a dignidade, a intimidade,

a imagem [...] como se infere nos arts. 1º, III e 5º, V e X, da Constituição Federal, e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação.

A aplicação deste instituto na relação de trabalho traz novamente o destaque da proteção dos direitos da personalidade do trabalhador frente a sua hipossuficiência em relação ao seu empregador. A sua proteção vai para o além dos direitos patrimoniais, defendendo a dignidade humana e a preservação do mínimo existencial.

O dano moral, conforme Édis Milaré, pode servir para a reparação da violação dos direitos da personalidade, reparação esta, como de caráter indenizatório e não de reparação exata do prejuízo:

Eles não são valoráveis sob o aspecto econômico; no máximo, as lesões causadas à personalidade dos indivíduos podem ser mensuradas para fins de indenização, a título de danos morais; isto não representa a reparação exata do prejuízo, mas tão-somente uma compensação monetária e pessoal à vítima ou, em certos casos, aos seus parentes.

O empregador, ao deixar surgir questões que tornem o ambiente laboral inviável para executar as atividades dos empregados, ou a qualquer outro desequilíbrio, dará ensejo ao dano moral. O ambiente do trabalho pode ser prejudicado por questões de segurança, dando ocorrência a acidentes de trabalho, afetando também a saúde e integridade física ou mesmo violações psíquicas, como assédio sexual ou moral.

No relativo aos acidentes de trabalho, têm-se as doenças ocupacionais como equiparadas àqueles. O dano moral, nestes casos, surge a partir do descumprimento da obrigação contratual, especificamente de garantir um ambiente de trabalho seguro e que preserve a saúde do trabalhador.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADI-MC nº 1.347-5, demonstrou a importância da manutenção do meio ambiente sadio e como a sua violação traz prejuízos à saúde do trabalhador:

Não se pode perder de perspectiva, neste ponto, que também os valores sociais do trabalho constituem um dos fundamentos sobre os quais se edifica, de modo permanente, a construção do Estado Democrático de Direito (CF, art. 1º, IV, primeira parte), pois é preciso reconhecer que o sentido tutelar que emana desse postulado axiológico abrange, dentre outras providências, a adoção, tanto pelos organismos públicos quanto pela própria comunidade empresarial, de medidas destinadas a proteger a integridade da saúde daqueles que são responsáveis pela força de trabalho. A preservação da saúde de classe trabalhadora constitui um dos graves encargos de que as empresas privadas são depositárias.

Quanto aos assédios, cabe ressaltar que o ambiente do trabalho envolve não só a segurança física do trabalhador, mas também a psíquica. Desta forma, a partir do momento que constranger o seu contratado de forma a afetar sua integridade humana, deverá arcar com o dano moral.

Cláudio Armando Couce de Menezes expõe exemplos de como o assédio moral pode ocorrer dentro do ambiente de trabalho:

A exteriorização do assédio moral ocorre através de gestos, agressões verbais, comportamentos obsessivos e vexatórios, humilhações públicas e privadas, amedrontamento, ironias, sarcasmos, coações públicas, difamações, exposição ao

ridículo, tarefas degradantes ou abaixo da capacidade profissional, sorrisos, suspiros, trocadilhos, indiferença à presença do outro, silêncio forçado, trabalho superior às forças do empregado, sugestão para pedido de demissão, controle do tempo no banheiro, divulgação pública de detalhes íntimos, agressões e ameaças, olhares de ódio, instruções confusas [...].

Já no que tange ao assédio sexual, conforme decisão do TRT da 3ª Região, é exposto que o assédio sexual por si só já fere a dignidade humana de forma massiva, somado ao ambiente de trabalho, torna ainda pior:

ASSÉDIO SEXUAL. TIPIIFICAÇÃO COMO INCONTINÊNCIA DE CONDUITA. REQUISITOS. O assédio sexual grosseiro, rude e desrespeitoso e concretizado em palavras ou gestos agressivos, já fere a civilidade mínima que o homem deve à mulher, principalmente em ambiente sociais de dinâmica rotineira e obrigatória, é que nestes ambientes (trabalho, clube etc.) o constrangimento moral provocado é maior, por não poder a vítima desvencilhar-se definitivamente do agressor.

Vale ressaltar que há a possibilidade de se falar em dano existencial. Este dano se caracteriza caso haja ato, doloso ou culposo, que cause uma mudança de perspectiva no cotidiano do ser humano, provocando uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao seu projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.

Neste sentido, pode-se trazer o dano existencial, dano este que ultrapassa a seara individual e pode atingir toda a sociedade. Isto em razão de que ao ter sua normalidade afetada, o trabalhador é transformado em mero objeto, alterando tudo que define o ser humano e o transformado em coisa.

Reforçando estas ideias, Hidemberg Alves da Frota expõe que a preservação da dignidade vai além da proteção física, mas também da proteção de tudo que dá sentido a vida humana cabendo ao indivíduo escolher e realizar o que bem entender sem contrariar o ordenamento:

[...] a existência humana digna (em conformidade com o princípio da dignidade da pessoa humana) se vincula não apenas à incolumidade física, à sobrevivência biológica, à automanutenção financeira e ao exercício dos direitos sociais, econômicos e culturais como também à integridade psíquica e ao bem-estar psicológico da pessoa natural, bem assim ao direito do indivíduo de escolher e realizar atividades (inclusive de concretizar metas) que dão sentido à sua vida e, ao mesmo tempo, não atentam contra o ordenamento jurídico.

Tendo em destaque as consequências decorrentes do inadimplemento contratual, em virtude da falha da manutenção do meio ambiente sadio, até aqui expostas, sendo a violação dos direitos da personalidade e o dano moral, será abordada a seguir a responsabilidade civil ambiental e suas características, visando demonstrar a viabilidade do exposto acima e outras ocorrências sobre o meio ambiente do trabalho.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL

A ocorrência do dano traz logo a necessidade de reparação. Para alcançá-la é mister o estabelecimento do nexu causal entre uma conduta e o dano. A partir destes elementos surge o instituto da responsabilidade civil.

Nota-se, então, a importância do tema, que estabelece como objetivo a restauração de um equilíbrio razoável. Desta forma, legislador estabelece no diploma do Código Civil nos arts. 186 e 927:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito

Art. 927. Aquele que, por ato ilícito (arts. 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Parágrafo Único. Haverá obrigação de reparar o dano, independente de culpa nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Quando trata de danos ao meio ambiente, tem-se como regra a responsabilidade objetiva, ou seja, aquela que prescinde culpa, de acordo com o parágrafo único do artigo citado acima. A partir desta teoria e decorrente do contrato do trabalho é viável aplicá-la para as relações de trabalho e o meio ambiente laboral.

Com o crescimento da tecnologia e produções em larga escala, aumentou-se a presença de máquinas e outros mecanismos de produção, conseqüentemente surgiram o aumento dos riscos, trazendo a ideia de humanização da responsabilidade civil. Desta forma, todo risco deve ser garantido, sendo assim, todo dano deve ter um responsável.

O dano ambiental deve ter seu conceito caracterizado na premissa aberta de condições razoáveis mínimas de ambiente, as quais o contorno será desenvolvido de acordo com cada caso concreto de cada ocorrência.

A Constituição Federal, a seu turno, prescreve que:

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

[...] § 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados

Conceitua-se, doutrinariamente, o dano ambiental como sendo aquele que altera de forma indesejável o ambiente, afetando, por conseguinte, a natureza, o ser humano e violando o direito fundamental do meio ambiente sadio e equilibrado.

A alteração do meio ambiente sadio já traz a necessidade de reparação, isto porque o dano ambiental tem implicações diretas, indiretas, reflexas, presentes e futuras. Afetará, assim, a preservação do mínimo existencial e de diversos direitos em consequência.

Estas definições são possíveis de aplicar no meio ambiente em seu conceito amplo e em suas espécies. No estudo em questão trata da aplicabilidade no meio ambiente do trabalho. A falha na manutenção do meio ambiente sadio traz como consequência uma espécie de dano ambiental e, deste, decorrem as consequências já expostas até aqui.

Tratando de acidente de trabalho, visando a prevalência do melhor interesse do trabalhador e fundamentada juridicamente nos dispositivos acima citados, é viável a aplicação da responsabilidade objetiva. Isto em razão de tratar-se do meio ambiente em desequilíbrio e objetivar a melhoria da condição social do trabalhador.

A responsabilidade civil objetiva traz os elementos que compõe o instituto, mas com o diferencial no referente a culpa. Nesta espécie do instituto, não é necessária a existência da culpa, sendo esta irrelevante, devendo ser responsabilizado aquele que praticou a conduta (omissiva ou comissiva) com nexos causal ao dano. Por isso é também chamada de responsabilidade pelo risco.

A partir da responsabilidade objetiva surge também a ideia de garantia. Esta se coloca diretamente ligada ao proveito ou a causa do dano e disto surge a obrigação de indenização. A indenização há de ser fator presente, não sendo justo que vítimas fiquem desamparadas, devendo-se buscar a preservação da dignidade da pessoa humana.

A preservação de sua integridade e dignidade não deve ser diminuída, ao dar como suficiente apenas os adicionais de periculosidade, insalubridade ou penosidade. Ao descumprir seu dever de fiscalização e sua obrigação na manutenção do meio ambiente de qualidade, deve o empregador ser punido.

Vale ressaltar a questão da monetização dos riscos que ao tratar de valorar o risco ou dar por suficiente apenas o pagamento por estas situações. Sobre este tema, Fernando José Cunha Belfort explica que além de atentar contra os direitos fundamentais do trabalhador, vai contra os princípios ambientais do trabalho, visto constituir um óbice para a busca de medidas de segurança e higiene no trabalho:

No Brasil ainda há o ranço da "monetização dos riscos", isto é, há uma opção pelo aumento da remuneração para compensar o maior desgaste do trabalhador, mediante pagamento de adicionais de periculosidade, de insalubridade, de horas extraordinárias, aposentadorias especiais, etc. Essa é uma estratégia traiçoeira que inibe a luta dos trabalhadores e sindicatos por melhores condições de trabalho. Estimula-os a acreditarem que é melhor obter um ganho imediato (aumento dos míseros salários e antecipação da aposentadoria) do que correr o risco de perder o emprego. Ficam inertes. Deixam de reivindicar a implantação e implementação das normas de higiene e segurança do trabalho. Parece que preferem expor a saúde, sem pensarem, de fato, nas nefastas e irreversíveis consequências das mutilações e doenças ocupacionais para o resto de suas vidas, a trabalharem por longos anos e com salário menor, mas com vigor.

A responsabilidade objetiva tem, como marco histórico de origem, a Revolução Industrial e as transformações decorrentes desta. Transformações que trouxeram a diversidade e a majoração dos riscos aos quais o homem fica exposto diariamente. A partir desta ideia do risco constante, surge a Teoria do Risco. Tem elo direto com os acidentes e abusos constantes no citado período histórico.

Outro fundamento para a aplicação deste instituto no ambiente de trabalho, em especial aos acidentes, é o dever geral da cautela, assim demonstrado por Carmen Victor Rodrigues Gonjito:

O dever geral de cautela subdivide-se em prevenção e precaução. O dever de prevenção tem força normativa, pois encontra-se expresso na NR 01.7, do Ministério do Trabalho e Emprego, que dispõe: "Cabe ao empregador: I – prevenir atos inseguros no desempenho do trabalho." Quanto ao dever de precaução, encontra-se consolidado e erigido no Princípio 15 da Declaração do Rio de Janeiro (ECO-RIO 1992), da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente e Desenvolvimento, além de ser amplamente aceito no âmbito científico, devendo ser aplicado aos empregadores em relação ao meio ambiente de trabalho, máxime pela exegese do artigo 225 da Carta Constitucional que assegura a todo cidadão o direito a um meio ambiente ecologicamente

equilibrado, aqui incluído o meio ambiente do trabalho, referência ao artigo 200, inciso VIII, da Constituição Federal.

Em suma, fatores como a hipossuficiência do empregado, a falha/ omissão na obrigação de manutenção do meio ambiente equilibrado e a prioridade em reparar os danos, colocam a responsabilidade objetiva como instituto adequado para estas situações.

Quanto ao assédio moral e sexual, outras das consequências da omissão ou concordância do empregador com o ambiente laboral desequilibrado, também cabe a aplicação do instituto. Confirmando esta posição, o Código Civil em seu art. 932 e 933 que aduzem:

Art. 932. São também responsáveis pela reparação civil:

[...]

III - o empregador ou comitente, por seus empregados, serviçais e prepostos, no exercício do trabalho que lhes competir, ou em razão dele;

Art. 933. As pessoas indicadas nos incisos I a V do artigo antecedente, ainda que não haja culpa de sua parte, responderão pelos atos praticados pelos terceiros ali referidos.

O referido dispositivo acompanha a obrigação de que cabe ao empregador a manutenção do ambiente laboral saudável física e moralmente. A responsabilidade prevista nestes artigos também é objetiva, cabendo ao empregado provar apenas o nexo causal e o dano. Qualquer penalidade trabalhista não dispensa o empregador de sua responsabilidade.

Tendo em vista a falha na manutenção do meio ambiente laboral equilibrado se tratar de dano ambiental, pode-se falar na aplicação da Teoria do Risco Integral. Em virtude de o dano ao trabalhador decorrer da degradação do ambiente, a aplicação desta teoria é viável.

Defende-se com ela que basta haver o dano para surgir o dever de indenizar. Não se fala em qualquer excludente de responsabilidade, como culpa exclusiva da vítima, de terceiros, caso fortuito ou força maior. Isto em razão de que ao exercer a atividade, o empregador sabe e deve ser prevenir quanto aos riscos decorrentes dela, sabendo ainda, que toda atividade gera um risco para o outro ser humano. Desta forma a responsabilidade civil preenche seu papel de forma a inibir comportamentos e diminui a chance de impunidade. Isto faz com que o empregador atente-se mais à sua obrigação e evite os danos. Além, claro, da natureza indenizatória para as vítimas.

O instituto atua, assim, em razão das consequências do inadimplemento contratual decorrente da falha na manutenção do ambiente laboral saudável, ajudando a preservar os direitos aqui expostos.

CONCLUSÃO

A partir do momento que se caracteriza a relação de trabalho, seja por contrato expresso ou tácito, surgem as obrigações contratuais do empregador. Dentre as quais está a manutenção do meio ambiente do trabalho sadio.

O meio ambiente artificial do trabalho deve ser equilibrado visando a preservação da saúde, da honra, da dignidade, do nome, entre outros exemplos de direitos fundamentais para o mínimo existencial.

Quando ocorre o inadimplemento desta obrigação surgem, como consequências, os prejuízos aos diversos direitos inerentes ao trabalhador. Os direitos da personalidade é um dos gêneros afetados por este inadimplemento contratual.

Um ambiente desestabilizado pode surgir de varias formas. Através da omissão do empregador ou mesmo por dolo e culpa. Ao falhar em alguma destas formas, trará a violação da dignidade da pessoa humana, em razão de afetar direitos que gerem o mínimo existencial do trabalhador.

Além de afetar sua dignidade, afetará a saúde do empregado. Isto em razão de que, além dos efeitos nos direitos da personalidade, a ocorrência de acidentes de trabalho se tornarão recorrentes com o desequilíbrio deste meio ambiente.

Os direitos da personalidade tem relação direta com a existência digna do trabalhador. De sua violação decorre outra consequência do inadimplemento aqui abordado, sendo o dano moral.

Este dano decorre seja de um assédio direto do empregador, moral ou sexual, ou de pessoas que estão no meio laboral. A existência deste tipo de dano é diretamente ligada à obrigação do empregador em relação ao meio ambiente do trabalho.

Sua existência traz também efeitos para além deste ambiente artificial, expondo a possibilidade de abordar o dano existencial. Este demonstra efeitos, bem como o dano moral, extrapatrimoniais. Afeta o modo de ser do trabalhador, prejudicando planos pessoais, atividades e outros atributos referentes à sua vida dentro e fora do trabalho.

Com a ocorrência da violação desta obrigação por parte do empregador, pode-se falar em responsabilidade civil ambiental. A alteração do meio ambiente do trabalho de forma maligna já é caracterizador deste instituto. Isto em razão dos danos que decorrem dela, como demonstrado até aqui.

Como status constitucional, o direito ao meio ambiente equilibrado é fundamentação principal para a caracterização desta responsabilidade civil. Cabe ainda, como espécie do gênero, com base na teoria do risco, a Responsabilidade Civil Objetiva.

Esta independe do elemento culpa, bastando o nexos entre o dano e a conduta (ou falta dela- omissão) do empregador. Espécie mais adequada para a violação em questão, já que existe clara relação hipossuficiente do empregado frente ao seu empregador.

Sua aplicação apresenta um avanço, trazendo a função reparadora da responsabilidade civil e também inibitória, já que, em função de afetar o patrimônio do empregador, fará com que este atue de forma mais veemente na manutenção do meio ambiente equilibrado.

Em suma, o meio ambiente artificial do trabalho, como espécie do gênero meio ambiente defendido na Carta Magna, é de fundamental importância para a preservação de diversos direitos inerentes a pessoa humana.

A falha do empregador em garantir sua obrigação de manter equilibrado este ambiente traz consequências para seu empregado e assim surge a necessidade de reparação destes direitos violados.

BIBLIOGRAFIA

ALKIMIN, Maria Aparecida. Assedio moral na relação de trabalho. 2.ed. Curitiba: Juruá, 2009.

ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Os direitos da personalidade e a obrigação contratual de fornecer trabalho ao empregado. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XVII, n. 123, abr 2014. Disponível

em:<http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14082&revista_caderno=25>. Acesso em 20 dez 2015.

ANTUNES, Paulo de Bessa. Direito ambiental. 11ª Ed. Amplamente Reformulada. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

BELFORT, Fernando José Cunha. A responsabilidade do empregador na degradação do meio ambiente do trabalho e suas consequências jurídicas no âmbito do direito do trabalho. Tese de Doutorado apresentada à Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, PUC/SP. São Paulo, 2008.

BRASIL. Código Civil de 2002. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em 01 jan 2016

_____. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

Acesso em 12 Jan 2016

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 10 Jan 2016

_____. Lei 6.938/1981. Disponível em <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>. Acesso em 12 Jan 2016

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar em Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.347-5.

_____. Tribunal Regional do Trabalho 3ª Região. Recurso Ordinário 2211/94.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. Programa de Responsabilidade Civil. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 252.

DINIZ, Maria Helena. Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, v7, p. 29.

FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. Curso de direito ambiental brasileiro. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 22-23.

FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre o dano existencial. Revista Ciência Jurídica, Belo Horizonte, v. 24, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. Direito civil brasileiro 4: Responsabilidade Civil. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013 p. 384

_____. Responsabilidade civil. 12ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012. p.53.

GONTIJO, Carmen Victor Rodrigues. A responsabilidade civil do empregador em face das condutas lesivas ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIII, n. 83, dez 2010. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8482>. Acesso em 05 jan 2016.

KRELL, Andréas J. Notas críticas ao emprego do direito ambiental na defesa da segurança e saúde do trabalhador. Revista do Ministério Público de Alagoas, Maceió, n. 7, p. 13-35, jan/jun. 2002.

LEITE, José Rubens Morato & AYALA, Patryck de Araújo. Dano ambiental: do individual ao coletivo extrapatrimonial. Teoria e Prática. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MASCARO, Sônia. Dano existencial requer prova de prejuízo e nexos de causalidade. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-mar-18/sonia-mascaro-dano-existencial-requer-prova-prejuizo-nexo-causalidade>> Acesso em 04 Feb 2016.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de. Assédio Moral. Revista do TST, Brasília, v. 68, p. 189-195, jul-dez/2002

MILARÉ, Edis. Meio ambiente e os direitos da personalidade Disponível em <<http://www.milare.adv.br/artigos/madp.htm>>. Acesso em 13 jan de 2016.

NASCIMENTO, Nilson de Oliveira. Manual do poder diretivo do empregador. São Paulo: LTr, 2009, cit.

REALE, Miguel. Os direitos da personalidade. Disponível em: <<http://www.miguelreale.com.br/artigos/dirpers.htm>>. Acesso em 15 Jan 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 2001.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: Revista de Direito Civil Contemporâneo. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 333-348.

SCHREIBER, Anderson. Direitos da personalidade. São Paulo: Atlas, 2011.

Capítulo IX

A RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL NOS CRIMES DE CORRUPÇÃO: UMA ANÁLISE ACERCA DO DESENVOLVIMENTO ÉTICO EMPRESARIAL

Rita Daniela Leite da Silva
Roberlei Aldo Queiroz

RESUMO: O artigo busca a análise de temas pertinentes com as novas tendências no Direito Empresarial e os Princípios Éticos Empresariais, analisando a relação da responsabilidade empresarial nos crimes de corrupção como forma de atingir o desenvolvimento empresarial pautado na ética. É certo que toda a humanidade passa por momentos de conflitos éticos de toda espécie, sejam raciais, financeiros, políticos, dentre outros. O corte ora realizado em tais problemas está em demonstrar que o combate à corrupção e males associados a esta é uma das mais efetivas armas a favor do desenvolvimento, gerando condutas que culminarão em um contrato social mais claro e verdadeiro. Ao mesmo tempo que o mundo tem visto atos de corrupção na política, nas empresas e até nos esportes e cultura, nunca se viu tanto esforço para que tudo seja cada vez mais transparente e ético, ou seja, a corrente contrária aos procedimentos de moral duvidosa também tem dominado os anseios da população mundial. A vitória do interesse público sobre o unicamente privado passa pela importância em possuir um sistema jurídico-normativo que regulamente, imponha e penalize condutas contrárias ao coletivo, ou seja, deve privilegiar, acima de tudo, o desenvolvimento social para que em um futuro próximo se possa viver em uma comunidade menos carente de dignidade básica.

PALAVRAS-CHAVE: Responsabilidade empresarial; ética; corrupção; lei anticorrupção; interesse público.

INTRODUÇÃO

O descumprimento dos preceitos éticos nas relações empresariais com o poder público vem se tornando cada vez mais notório no mundo atual. A sociedade contemporânea vem dando inúmeros sinais de cansaço em relação aos atos de corrupção, seu descontentamento está escancarado nas mídias, nas decisões judiciais e principalmente na legislação.

Não restam dúvidas que os efeitos da corrupção acarretam prejuízos imensuráveis a sociedade, pois além de comprometer o respeito e a estabilidade das instituições públicas e privadas, atentam contra a moralidade e contra o Estado Democrático de Direito, favorecendo e alimentando o crime organizado.

Desta forma, para o combate à corrupção transnacional se fez necessário o desenvolvimento de normas internacionais destinadas a impedir a proliferação das

organizações criminosas, bem assim desestimular práticas ilegais por representantes de empresas internacionais e agentes públicos.

Deste modo, verifica-se a preocupação da sociedade nacional e internacional com o combate aos atos de corrupção, refletida nas convenções internacionais que são responsáveis por incluir no sistema jurídico de cada País membro medidas visando à prevenção, detecção e punição de tais atos ilegais. Para tanto, o legislador procurou estabelecer a responsabilização das pessoas jurídicas e seus gestores conforme será abordada na presente pesquisa.

Portanto, a importância dessa pesquisa está em se buscar soluções para responder a seguinte pergunta: A responsabilização da empresa nos crimes de corrupção é considerada fonte de desenvolvimento empresarial pautada nos princípios éticos?

Para isso, várias foram as fontes pesquisadas e as metodologias utilizadas nesta pesquisa, pois vastas são as searas de sua visualização e aplicação, teórica e prática. Porém, destacam-se a pesquisa bibliográfica, a pesquisa descritiva e a pesquisa de motivação e caso.

Como dito, o problema principal da pesquisa está no combate à corrupção e em se mostrar as vantagens que tal enfoque traz para a sociedade. Assim, o que se espera é que ao final desta pesquisa possa ter sobressaído o entendimento de que não existe mais espaço para qualquer atividade empresarial que deixe de lado o pensamento no ser humano como norte de seu olhar, principalmente quando custeadas pelo dinheiro público.

2 A EVOLUÇÃO DA RESPONSABILIDADE EMPRESARIAL

A prática da corrupção é responsável por afetar o princípio do interesse público, o qual deveria nortear todas as ações do Poder Público, em especial nas relações entre os entes privados e a máquina pública.

Neste tocante, o desvio do interesse público compromete o desenvolvimento das obrigações governamentais de prover serviços essenciais, fomentando a desigualdade e a injustiça, bem como desencorajando investimentos e apoio internacionais.

Kofi Annan, ex-Secretário-Geral das Nações Unidas, no seu pronunciamento sobre a adoção da Convenção das Nações Unidas contra à Corrupção, ressaltou que:

A obstinação humana pelo acúmulo de riquezas, legitimada pelo liberalismo como filosofia quase unânime de intervenção estatal na economia, pode gerar diversos efeitos nocivos à sociedade. Conforme dito por alguns dos pensadores mais consagrados da cultura ocidental, o homem é por natureza o lobo do homem (Thomas Hobbes) e o capital é essencialmente corrupto (Karl Marx). E assim foi a trajetória do desenvolvimento econômico humano, que tanta morte, escravidão e colonialismo causou, ao longo do último milênio (ANNAN Apud OLIVEIRA; RUSCHEL, 2009).

A luta contra a corrupção não é uma preocupação exclusivamente brasileira, muito pelo contrário, seu combate demanda de interesses internacionais, pois com o fortalecimento das relações políticas internacionais ocorre a intensificação de suas relações comerciais, gerando por consequência o aumento da corrupção transnacional,

seja nas transações entre empresas privadas com sede em vários países ou nas licitações públicas internacionais.

Desta forma, para o combate à corrupção transnacional se fez necessário o desenvolvimento de normas internacionais destinadas a impedir a proliferação das organizações criminosas, bem assim desestimular práticas ilegais por representantes de empresas internacionais e agentes públicos.

Essas normas vêm sendo convencionadas somente a partir do final do século passado, como é o caso da “Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais” de iniciativa da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

A Convenção sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, foi firmada na França em 1997, ratificada no Brasil pelo Decreto Legislativo 125/00, e promulgada pelo Decreto 3.678/00, estabelece o compromisso dos Estados membros em atuar conjuntamente na tentativa de implantar medidas de ordem jurídica e administrativa de combate à corrupção. Dentre as metas convencionadas encontra-se a necessidade de implantação de responsabilidades destinadas às pessoas jurídicas que pratiquem atos de corrupção com funcionários públicos estrangeiros.

Na tentativa de cumprir com a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros, o ordenamento jurídico brasileiro se viu obrigado a promover algumas alterações em seu diploma legal, na oportunidade foi providenciada a reforma do Código Penal por intermédio da Lei nº 10.467/2002, onde foi inserido o capítulo II, intitulado como “Dos crimes praticados por particulares contra a administração pública estrangeira”.

A mencionada Lei foi responsável por incluir no texto legal os delitos de “corrupção ativa em transação comercial internacional”, contido no artigo 337-B, bem como o delito de “tráfico de influência em transações comercial internacional”, contido no artigo 337-C, não obstante, determinou o conceito de funcionário público estrangeiro, conforme consta no artigo 337-D.

Assim sendo, verifica-se que a Lei nº 10.467/2002 trata-se dos crimes cometidos por pessoas físicas contra a administração pública estrangeira. Consequentemente, a Lei nº 12.846/2013 alude os crimes cometidos por pessoas jurídicas. Insta salientar que ambas leis surgiram como forma de atender a referida Convenção Internacional.

Cumprir destacar que além desta convenção, a Lei nº 12.846/2013 também foi influenciada pela “Convenção Interamericana Contra a Corrupção” da Organização dos Estados Americanos (OEA), aprovada por meio do Decreto Legislativo 152/02 e promulgada pelo Decreto 4.410/02, onde estabeleceu a meta de promover e fortalecer os mecanismos de integridade voltados à prevenção, à detecção e à punição da corrupção realizada no exercício das funções públicas, bem como os atos de corrupção especificamente vinculados a seu exercício.

Por fim, a Lei Anticorrupção (Lei nº 12.846/2013) também foi influenciada pela “Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção” da Organização das Nações Unidas (ONU), ratificada pelo Decreto Legislativo 348/05 e promulgada pelo Decreto Presidencial 5.687/06, essa convenção além de reforçar as outras regras já convencionadas direcionadas ao combate da corrupção, ressaltou a importância da fixação de mecanismos de prevenção, criminalização, cooperação internacional e recuperação de ativos.

As mencionadas convenções sugeriram a responsabilização da pessoa jurídica por mediante sanções não criminais, salvo quando incorrem no crime contido no artigo 225, § 3º, da Constituição Federal de 1988.

Se faz necessário destacar que a Lei em comento não se aplica a crimes decorrentes de atos de improbidade administrativa, sendo estes responsabilizados de forma independente, senão vejamos:

Note-se que os ilícitos da Lei 12.846 são cometidos isoladamente pela pessoa jurídica em face da administração pública, ao passo que os atos de improbidade administrativa são praticados pelo agente público contra a administração estatal, direta ou indireta, possuindo o terceiro, dentre os quais a pessoa jurídica, papel coadjuvante em relação à pessoa física do agente público, induzindo, concorrendo ou se beneficiando do ato de improbidade administrativa. Em outras palavras, não há um ato de improbidade administrativa sem a figura do agente público, diversamente dos atos lesivos da Lei sob comento, praticados exclusivamente pela pessoa jurídica. A participação das pessoas físicas nesses casos, servidor ou não, importará noutras formas de responsabilização pessoal, na medida de sua culpabilidade (SANTOS; BERTONICINI; CUSTÓDIO FILHO, 2015, p.155).

Ocorre que grande parte dos atos ilícitos elencados na Lei Anticorrupção possuem correspondência com outras legislações vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, para tanto a responsabilidade da pessoa jurídica quanto a prática de atos de corrupção contra a Administração Pública não é um fato necessariamente novo trazido pela Lei nº 12.846/2013.

Como é o caso da Lei nº 8.666/1993 – Lei de Licitações Públicas, que estabelece nos artigos 86 a 88 a “suspensão temporária de participação em licitações e impedimento de contratar com a Administração, por prazo não superior a 2 (dois) anos”, bem como, a exigência de “declaração de idoneidade para licitar ou contratar com a Administração Pública” aplicada contra as pessoas jurídicas que tenham praticados atos ilícitos objetivando frustrar os objetivos da licitação.

No mesmo sentido, encontra-se a Lei nº 12.462/2011 que dispõe acerca do Regime Diferenciado de Contratações Públicas – RDC, onde estabelece que as empresas que praticar atos fraudulentos na execução do contrato de licitação poderão ficar impedidas de contratar com a União, Estados, Distrito Federal ou Municípios pelo prazo de 5 (cinco) anos, sem prejuízo de possíveis multas. Também é o caso da Lei nº 12.529/2011, que estabelece o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, criminalizando os atos ilícitos contra a ordem econômica. Por fim, cita-se a Lei nº 8.429/1992 – que dispõe acerca dos crimes de improbidade administrativa.

Portanto, verifica-se que mesmo antes da vigência da Lei nº 12.846/2013 já era possível responsabilizar as empresas e seus gestores, sendo que neste ponto a nova lei cumpriu a função de reforçar o conjunto de normas de combate às práticas corruptivas, uniformizando-as e organizando-as.

Deste modo, verifica-se a preocupação da sociedade nacional e internacional com o combate aos atos de corrupção, refletida nas convenções internacionais que são responsáveis por incluir no sistema jurídico de cada País membro medidas visando à prevenção, detecção e punição de tais atos ilegais.

3 RESPONSABILIDADE DA EMPRESA

Uma das principais alterações trazidas pela Lei anticorrupção compreende a alteração da responsabilidade da empresa, sendo responsabilizada por atos ilegais por ela praticada diretamente ou por atos ilegais praticados por terceiros contratados, para tanto, a responsabilização independe da existência de culpa, bem como, não possui a empresa a necessidade de ser beneficiada por tais atos combatidos pela Lei Anticorrupção.

O legislador durante o desenvolvimento da Lei nº12.846/2013, optou pela responsabilização na forma objetiva, que se justifica pelos seguintes requisitos: a) conduta; b) resultado; c) nexos causal. Neste sentido, não há a necessidade de se analisar o elemento volitivo, representado pela conduta culposa ou dolosa.

Com a alteração para a responsabilidade objetiva, as empresas devem analisar o risco empresarial verificando o custo-benefício dos atos de corrupção.

Para melhor se elucidar a responsabilidade da pessoa jurídica trazida pela Lei Anticorrupção, se faz necessário o estudo acerca do conceito de responsabilidade e seus efeitos.

A responsabilidade pode ser conceituada como:

Responsabilidade, no direito brasileiro, pode ser definida como a condição jurídica ostentada por um sujeito de direito, em razão da qual ele deve suportar as consequências legais de certo fato ou de cada conduta humana, ação ou omissão, lícita ou ilícita, praticada por ele próprio ou por terceiro, a quem se acha vinculado a lei ou contrato (SANTOS; BERTONICINI; CUSTÓDIO FILHO, 2015, p.57).

No entanto, a responsabilidade não pode ser confundida como dever jurídico, conforme assevera Hans Kelsen (1994, p.133-134):

O conceito essencialmente ligado com o conceito do dever jurídico, mas que ele deve ser distinguido, é um conceito de responsabilidade. Um indivíduo é juridicamente obrigado a uma determinada conduta quando uma oposita conduta sua é tornada pressuposta de um ato coercitivo (como sanção). Mas este ato coercitivo, isto é, a sanção como consequência do ilícito, não tem de ser necessariamente dirigida – como já se fez notar – contra o indivíduo obrigado, quer dizer, contra o indivíduo cuja conduta é o pressuposto do ato coercitivo, contra o delinquente, mas pode também ser dirigida contra um ou outro indivíduo que se encontre com aquele numa relação determinada pela ordem jurídica. O indivíduo contra quem é dirigida a consequência do ilícito responde pelo ilícito, é juridicamente responsável por ele. No primeiro caso, responde pelo ilícito próprio. Aqui o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável são uma e a mesma pessoa. Responsável é o delinquente potencial. No segundo caso, responde um indivíduo pelo delito cometido por outro: o indivíduo obrigado e o indivíduo responsável não são idênticos.

Ante o exposto, pode-se dizer que dever jurídico é dirigido a aquele a quem se destina o ato coercitivo (sanção), enquanto por outro lado, a responsabilidade é dirigida a aquele responsável juridicamente que se destina a consequência do ato ilícito cometido.

Ainda, no que consiste a responsabilidade, verifica-se que dependendo do ramo do direito que o termo responsabilidade é aplicado, este pode gerar diferentes regimes, modalidades e efeitos. Partindo deste entendimento, pode-se dizer que a “responsabilidade penal surge para alguém que pratique conduta tipificada como crime na lei, de modo doloso ou culposos, e apresente culpabilidade para receber a sanção de tal crime” (SANTOS; BERTONICINI; CUSTÓDIO FILHO, 2015, p.58).

Já no direito administrativo, existem três modalidades de responsabilidade, sendo elas: “a responsabilidade extracontratual do Estado perante quaisquer terceiros, a responsabilidade contratual do Estado perante seus contratados e, ainda, a responsabilidade funcional ou administrativa dos agentes públicos perante a administração pública” (SANTOS; BERTONICINI; CUSTÓDIO FILHO, 2015, p.58).

Acerca da responsabilidade administrativa, Marçal Justen Filho (2014, p.1051) entende que “a responsabilidade administrativa consiste no dever de o agente estatal responder pelos efeitos jurídico-administrativos dos atos praticados no desempenho da atividade administrativa estatal, inclusive suportando a sanção administrativa cominada em lei”.

A Lei nº12.846/2013 traz a responsabilidade nesta acepção, sendo aplicada nos casos em que a lei tipifica certas condutas como infração, para tanto se estabelece a sanção e posteriormente afere poderes a autoridades, órgãos ou pessoas jurídicas administrativas para processar e julgar as pessoas jurídicas acusadas de cometer o ato lesivo a administração pública, aplicando por consequência a sanção se constatada a ocorrência do crime.

É permitida a aplicação de sanções de multa e/ou publicações extraordinárias de condenação. Na esfera judicial, a pessoa jurídica poderá sofrer sanções envolvendo a reparação integral do dano causado, não obstante a empresa poderá sofrer as seguintes sanções: a) retenção de bens, direitos ou valores que corresponda a vantagem auferida, quando aplicável; b) à vedação de galgar incentivos financeiros, doações ou empréstimos de entidades públicas e de instituições financeiras públicas ou controladas pelo poder público, no período de 1 a 5 anos; c) à interrupção ou interdição parcial de suas atividades, e d) à dissolução compulsória da personalidade jurídica.

A dissolução compulsória se dará quando restar comprovado a utilização da empresa em caráter habitual para facilitar ou promover a prática de atos ilícitos, sendo permitida a dissolução da personalidade jurídica quando desde o início de suas atividades foi destinada para a ocultação ou promoção de interesses ilícitos, ou a ainda, quando a empresa for criada para esconder a identidade dos beneficiários dos atos ilícitos praticados.

Por outro lado, o mencionado diploma legal não se aplica somente sanções de caráter financeiro, presentes no âmbito administrativo, mas também possui implicações relacionadas vinculadas à imagem da empresa.

A ausência da preocupação com a preservação de riscos operacionais é um dos fatores responsáveis por afetar o desempenho da organização, seja o capital da empresa aberto ou não, pois sem a avaliação de riscos, o principal fator que pode ser atingido é a sua reputação, gerando impactos de maiores proporções do que aqueles de origem regulatória, visto que estes são de certa forma controlados, o que não ocorre com os riscos reputacionais.

Por outro lado, a Lei nº 12.846/2013, trouxe em seu texto legal a possibilidade da empresa envolvida em ilícitos administrativos celebrar acordo de cooperação com a Administração Pública, contribuindo com a investigação e fornecendo documentos. O objetivo de celebrar este tipo de acordo é minimizar os danos reputacionais e monetários.

Portanto, verifica-se que o acordo de leniência compreende um dos principais pontos trazidos pela Lei nº 12.846/2013, no entanto, este não foi um fenômeno novo que foi trazido pela Lei Anticorrupção, embora possua algumas peculiaridades que o distingue do acordo de leniência originado do direito antitruste, ou seja, contra crimes praticados contra a ordem econômica, como são os casos de cartéis ou outra prática anticoncorrencial coletiva.

Na concepção de Santos, Bertoncini e Custódio Filho (2015, p. 280) a leniência pode ser conceituada como:

“Leniência” significa suavidade, bravura, ternura, e, no direito brasileiro, o uso desse vocábulo serve para qualificar determinados acordos celebrados entre a Administração Pública e particulares envolvidos em ilícitos administrativos, por meio dos quais este último colaboram com a investigação e recebem em benefício a extinção ou a redução das sanções a que estariam sujeitos por tais ilícitos.

O acordo de leniência disciplinado na legislação antitruste permite que tanto as empresas quanto as pessoas físicas que estiverem envolvidas nos crimes contra a ordem econômica pactuem acordo de leniência com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), firmando o compromisso de cessar a conduta delituosa, denunciar e confessar o crime cometido, bem como ajudar nas investigações apresentando informações e documentos que contribuam com à investigação.

Em 25 de maio de 2016, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), na tentativa de auxiliar na realização do acordo de leniência na legislação antitruste estabeleceu os principais pontos de interesse do Guia – Programa de Leniência Antitruste, conforme apresenta André Marques Gilberto (LEC, 2016):

(i) Os acordos de leniência permitem que empresas ou pessoas físicas envolvidas na prática de cartel sejam beneficiadas nas esferas (i) administrativa, com a extinção total da ação punitiva do CADE (caso este não tenha “conhecimento prévio” da conduta relatada) ou redução de 1/3 a 2/3 da multa que viria a ser aplicada à empresa; e (ii) criminal, com a extinção da punibilidade do crime de cartel.

(ii) Por outro lado, o Guia reitera que a celebração de um acordo de leniência não isenta a empresa da obrigação de ressarcir eventuais danos que tiver causado aos consumidores na esfera civil, sendo que aqueles comprovadamente prejudicados pelas práticas anticoncorrenciais podem exigir uma recompensação pelos prejuízos sofridos por meio de ações civis públicas ou ações privadas de indenização.

(iii) Os requisitos para que uma empresa seja elegível a receber os benefícios na esfera administrativa e criminal são: (a) a empresa deve ser a primeira a confessar a infração investigada, (b) deve cessar sua participação, (c) deve apresentar informações e cooperar permanentemente com o CADE, possibilitando a identificação dos demais envolvidos e a comprovação da infração notificada. Aqueles não qualificados para

celebrar um acordo de leniência podem celebrar um Termo de Cessação de Conduta (“TCC”), que, por sua vez, não gera benefícios automáticos na esfera criminal.

(iv) Na hipótese de “empresas” signatárias do acordo de leniência, os benefícios podem ser estendidos aos seus funcionários ou a outras empresas do mesmo grupo econômico. Por outro lado, quando o proponente se tratar de um “indivíduo”, os benefícios não são estendidos à empresa a que estiver vinculado.

(v) No mais, o Guia permite que práticas anticoncorrenciais ocorridas fora do Brasil também sejam objeto do acordo de leniência (desde que tenham produzido efeitos no Brasil), bem como que a empresa “líder” do cartel proponha a celebração do acordo.

Ocorre que a Lei Anticorrupção ao disciplinar a possibilidade da celebração de acordo de leniência, estabelece como requisito para sua realização e posterior homologação a criação de programa de integridade na empresa, o qual deve ser efetivo na prevenção, na detecção e no combate às práticas de corrupção.

Assim, se verificou a necessidade de se apresentar uma definição acerca do programa de integridade. Neste sentido, o Decreto nº 8.420/2015 apresentou em seu art. 41 a definição de Programa de Integridade, sendo:

Programa de integridade consiste, no âmbito de uma pessoa jurídica, no conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

Para tanto, pode se considerar que o programa de integridade trazido pela Lei nº 12.846/2013, corresponde a um programa de compliance específico para promover a prevenção, à detecção e o tratamento dos atos lesivos disciplinados pela Lei Anticorrupção, que tem como ponto principal, além do combate ao suborno, a fraude nos processos de licitatórios e na execução de contratos com o departamento público.

Embora o programa de integridade necessite do cumprimento de determinados parâmetros de avaliação regulamentados pela Controladoria Geral da União - CGU, a implantação de um programa de compliance é um caminho que deve ser seguido para erradicar riscos e adquirir um valor da respeitabilidade à empresa perante a sociedade.

A constatação do seguimento de outra ordem de valores que impõe à empresa a satisfação de demandas em favor dos interessados ou afetados por atuação evidencia que a função solidária (inserida na terceira dimensão dos direitos humanos) está se desdobrando sobre os parâmetros da ética, como conteúdo orientador da responsabilidade empresarial. Evidenciar ainda que a absorção desses valores como integrante da responsabilidade empresarial tem-se realizado o como forma de garantir a sustentabilidade da empresa, no sentido de sua permanência (SILVEIRA; RIBEIRO, 2015, p. 389).

Portanto, embora a implantação do programa de compliance na organização empresarial se justifique no fato do programa de compliance promover o fortalecimento da empresa no mercado, os reais ideais que devem guiar os pensamentos dos investidores é a ética, para isso a ética não deve ser vislumbrada de forma conveniente para a empresa, mas sim, como motor propulsor do interesse público, responsável por garantir a sobrevivência da sociedade.

4 RESPONSABILIDADE DOS GESTORES

Conforme apresentado acima, a Lei Anticorrupção trouxe em seu arcabouço várias alterações acerca da responsabilidade jurídica da empresa e seus gestores, surgindo assim, uma preocupação com a efetividade do programa de compliance, o qual deve identificar as possíveis vulnerabilidades da gestão empresarial, identificando os setores passíveis de risco compliance e possíveis atos ilícitos cometidos, na tentativa de impedir sua realização e solucioná-los perante o órgão competente.

A Lei 12.846/2013 em seu artigo 3º estabelece que “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilização individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou participe do ato ilícito”, no entanto, a responsabilização da pessoa física não foi incluída no rol dos destinatários desta lei.

Assim sendo, embora a responsabilidade não se aplica exclusivamente à pessoa jurídica, sendo perfeitamente aplicada aos gestores e administradores, levando-se em consideração seu grau de culpabilidade. Constata-se que a Lei Anticorrupção é destinada a entes dotados de personalidade jurídica, ou seja, não é aplicada a pessoas naturais, conforme apresentado na Exposição de Motivos do anteprojeto que deu origem a mencionada lei, senão vejamos:

(...) 7. Além disso, o anteprojeto apresentado inclui a proteção da Administração Pública estrangeira, em decorrência da necessidade de atender aos compromissos internacionais de combate à corrupção assumidos pelo Brasil ao ratificar a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (ONU), a Convenção Interamericana de Combate à Corrupção (EOA) e a Convenção sobre o Combate da Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

8. Com as três Convenções, o Brasil obrigou-se a punir de forma efetiva as pessoas jurídicas que praticam atos de corrupção, em especial o denominado suborno transnacional, caracterizado pela corrupção ativa de funcionários públicos estrangeiros e de organizações internacionais. Desta forma, urge introduzir no ordenamento nacional regulamentação da matéria – do que, aliás, o país já vem sendo cobrado -, eis que a alteração promovida no Código Penal pela Lei 10.467, de 11.06.2002, que tipificou a corrupção ativa em transação comercial internacional, alcança apenas as pessoas naturais não tendo o condão de atingir as pessoas jurídicas eventualmente beneficiadas pelo ato criminoso. (BRASIL, EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS, EMI 00011, 2009).

Após promulgação da Lei nº 10.467/2002, que foi responsável por alterar o Código Penal, a responsabilidade das pessoas naturais será verificada por este dispositivo

legal, muito embora a Lei Anticorrupção não exclui a responsabilidade dos gestores e administradores, estes deverão ser responsabilizados solidariamente e/ou subsidiariamente, dependendo do ato criminoso por ele praticado contra a Administração Pública.

Não obstante, cumpre destacar que a efetividade na análise pelo programa de compliance dos setores de risco e de possíveis atos ilícitos cometidos pela empresa implica no risco de sucessão, ou seja, aquele que pretende adquirir cotas empresariais deve se atentar a herança de riscos que a empresa pode trazer, visando tão somente a preservação da pessoa jurídica adquirente, conforme argumenta Andréa de Sousa Machado (LEC, 2016):

A auditoria deve ser capaz de identificar as vulnerabilidades nos procedimentos internos de forma a alterá-los e/ou aprimorá-los para redução dos riscos de irregularidades ou ilícitos, não bastando apenas identificar ilícitos já cometidos ou em curso. Isto porque os riscos de sucessão de responsabilidade e, por consequência, de penalidades decorrentes da prática de atos de corrupção em operações de reestruturação societária, são reais e, portanto, o bom planejamento e a definição do escopo da auditoria, inclusive reputacional, assim como o entendimento de toda a estrutura organizacional da sociedade a ser adquirida são cruciais para a proteção da pessoa jurídica adquirente.

Ademias, disciplina a mencionada Lei Anticorrupção quanto a aplicação da responsabilidade da empresa e dos gestores nos casos de alteração do seu contrato social, ou seja, nos casos de incorporação, fusão ou cisão societária, limitando a responsabilidade de reparação quando identificado atos ilegais lesivos até o limite do patrimônio transferido, saldo se identificados casos de simulação ou fraudes, senão vejamos:

A responsabilidade pelos atos de corrupção não se aplica exclusivamente à pessoa jurídica, mas também aos dirigentes e administradores, na medida de sua culpabilidade. Subsiste também a responsabilidade na hipótese de alteração contratual, transformação incorporação, fusão ou cisão societária, restringindo-se à obrigação de reparação da multa e da reparação integral do dano causado, até o limite do patrimônio transferido, exceto em caso de simulação ou fraude devidamente comprovada, quando o limite não se aplica. Por fim, há previsão de responsabilidade solidária às sociedades controladoras, controladas, coligadas ou, no âmbito do respectivo contrato, as consorciadas, neste caso limitadamente à obrigação de pagamento de multa e de reparação integral do dano (MAISTER; RIDOLFO, 2014).

Por outro lado, todos os membros constantes na estrutura organizacional da sociedade empresarial, mesmo não possuindo a intenção de alterá-la, têm como dever velar pela reputação da pessoa jurídica, pois com isso, poderá galgar inúmeras conquistas do mercado financeiro, principalmente sobre o prisma da ética e da moralidade empresarial.

Para tanto, os gestores devem se pautar nos princípios éticos empresariais, combatendo quaisquer irregularidades da formação de suas relações com as demais

empresas, sendo elas privadas ou públicas. O principal mecanismo de combate aos desvios éticos empresariais encontra-se no programa de compliance, que tem como uma de suas funções fomentar a reeducação de todos os envolvidos na atividade empresarial sob o prisma da ética e da responsabilidade.

Darcy Ribeiro (2006, p. 404) ressalta que precisamos dar a atenção necessária ao interesse público como o que irá salvar a Nação do atraso.

Essa primazia do lucro sobre a necessidade gera um sistema econômico acionado por um ritmo acelerado de produção do que o mercado externo dela exigia, com base numa força de trabalho afundada no atraso, famélica, porque nenhuma atenção se dava à produção e reprodução das suas condições de existência. Em consequência, coexistiram sempre uma prosperidade empresarial, que às vezes chegava a ser a maior do mundo, e uma penúria generalizada da população local.

Este papel deve ser adotado por toda a sociedade, principalmente pela sociedade empresarial. Os gestores comprometidos com a responsabilidade social, estabelece em sua gestão uma organização pautada nos níveis da ética, pois têm como função propiciar benefícios aos empregados, bem como uma melhor qualidade do meio ambiente de trabalho, em troca receberá o comprometimento de sua equipe, que busca patamares mais altos de lucratividade.

A real responsabilidade dos gestores empresariais esta pautada na busca incessante pela ética empresarial, sendo o motor propulsor para o desenvolvimento empresarial e para o interesse público.

Não existe vontade geral, nem tão pouco a supremacia do interesse público sem a ética empresarial pautada no cumprimento da lei, como bem atesta Rousseau (2003, p. 143):

[...] Como é possível que todos obedeçam e ninguém comande, que sirvam sem ter um senhor? Mais livres do que sob aparente sujeição, ninguém perde sua liberdade senão aquilo que pode restringir a liberdade dos outros. Esses prodígios decorrem da lei; só a ela os homens devem a justiça e a liberdade. É o instrumento salutar da vontade de todos que restabelece por meio do direito a igualdade natural dos homens. É a voz celeste que dita a cada cidadão os preceitos da razão pública, ensinando-o a se conduzir com base nos princípios do seu próprio julgamento, e de não estar sempre em contradição consigo mesmo. As leis são o único móvel do organismo político, que só devido a elas é ativo e sensível. Sem leis o Estado chega a se formar mas não passa de um corpo sem alma: existe mas não pode agir, pois para isso não basta que todos se submetam à vontade geral; para segui-la é preciso conhecê-la, e daí a necessidade da legislação.

Hans Jonas (2006, p. 136) nos brindou com o seu PRINCÍPIO RESPONSABILIDADE: “age de tal maneira que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica”. A busca pela ética do outro é o que deve mover as ações dos gestores empresariais, assim, contribuir para a eficácia do princípio responsabilidade de Hans Jonas, que nos disse: “age de tal maneira

que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica”.

Os entendimentos de Hans Jonas são pela busca do bem coletivo, pelo bem público e pelo social. Tal fato não suprime a busca pelo capital e pelo desenvolvimento de tecnologias, mas sim desenvolver seu capital respaldado nos ideais éticos.

Ainda acerca dos ensinamentos de Hans Jonas, Queiroz (2015, p. 75) complementa:

Ensinou o filósofo alemão que não há como deixar de frisar a questão entre a responsabilidade paterna e a responsabilidade política. A paterna nada mais é que a responsabilidade natural, que advém do amor e dos deveres (e direitos) entre pai e filho. Já a política nasce na escolha e isso a torna importante, pois são essas escolhas que podem mudar tudo, principalmente no futuro. Então surge o conceito de responsabilidade total, onde nos colocamos mais preocupados com o futuro do coletivo, cientes de que nossos atos são frutos de nossas escolhas e que essas devem ser tomadas com cautela (medo), com amor e responsabilidade incondicional (paterna), em prol da comunidade e do social, sem pensar somente no individualismo (político/governamental).

Assim sendo, existe toda uma ancoragem social e política no princípio responsabilidade:

Tomando como ponto de partida a ideia de que o ser humano tem o caráter precário, vulnerável e transitório de todos os seres viventes, logo precisam de proteção [...] Só o ser vivo, em sua natureza carente e sujeita a riscos, pode ser objeto da responsabilidade de outro ser [...] é recomendável que o gestor responda por seus atos e omissões (passado) [...] na perspectiva política, o “o outro” – que pode ser qualquer vivente – contrapõe-se ao poder do gestor por meio do seu direito de existir. O poder do gestor é submetido a uma vontade moral. Assim, trata-se de uma responsabilidade em relação ao que ainda poderá ser feito (remete sempre às gerações futuras). (SOUZA-LIMA, 2014, p. 21-22)

Agir com ética é importante no cotidiano de todos, muito mais ainda será na vida do gestor empresarial! A defesa de ideais éticos deve ser imperiosa em todas as situações, mas principalmente por todo o universo de pessoas envolvidas nas relações entre a pessoa jurídica e a Administração Pública.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os dias de hoje estão recheados de motivos que comprovam a importância do combate à corrupção, a qual não está presente somente em países ainda em desenvolvimento, mas sim em todo o mundo, dando a triste impressão de que o ser humano passa por um momento de questionamento ético.

O aumento do número de veículos de comunicação e a transparência que a tecnologia da internet trouxe para todos acabou por também dar uma sensação de muita insegurança moral, o que foi positivo ao menos para que todos pudessem acordar para o que estava ocorrendo e tentar mudar o futuro.

Muitos avanços já estão sendo vistos, principalmente quanto aos veículos de denúncia e delação, o que certamente ocasionará em um médio prazo ao menos uma insegurança nos que pretendem ter a corrupção como uma ocupação diária. O que antes era oculto, hoje tem grandes chances de ser descoberto com agilidade e clareza.

Quanto mais cedo as pessoas, físicas ou jurídicas, compreenderem que nada mais pode ser visualizado sem o olhar coletivo, sem que se aceite as regras comuns quando se joga no tabuleiro da ética, mais cedo todos colherão os frutos de uma sociedade mais justa e igualitária.

Este papel deve ser adotado por toda a sociedade, principalmente pela sociedade empresaria. Os gestores comprometidos com a responsabilidade social, estabelece em sua gestão uma organização pautada nos níveis da ética, pois têm como função propiciar o desenvolvimento empresarial, trazendo benefícios aos seus empregados, bem como uma melhor qualidade do meio ambiente de trabalho, em troca receberá o comprometimento de sua equipe, que busca patamares mais altos de lucratividade.

São nítidos os avanços no campo legislativo, bem como na doutrina e jurisprudência brasileira e mundial, impedindo retrocessos. O combate à corrupção certamente já se tornou autopoietico, uma vez que novas formas de luta contra tais mazelas surgem dos erros anteriores diariamente. O aprendizado interno e próprio é luzente e tem sido muito eficaz.

A real responsabilidade dos gestores empresariais esta pautada na busca incessante pela ética empresarial, sendo o motor propulsor para o desenvolvimento empresarial e para o interesse público.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGOSTINHO, Santo. Cidade de Deus. 2ª ed. v.1. Trad. J. Dias Pereira. Lisboa: Editora Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

AGOSTINHO, Santo. Contra os acadêmicos. Tradução de Ênio Paulo Giachini. Petrópolis: Vozes, 2014.

ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ALEXY, Robert. Teoria discursiva do direito. Tradução de Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

ALTONIAN, Cláudio Sarian, Obras públicas, licitação, contratação, fiscalização e utilização. 3. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

AQUINO, Tomás de. O Ente e a Essência. Tradução de Carlos Arthur do Nascimento. 7. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

ARENDRT, Hannah. Origens do Totalitarismo. São Paulo: Companhia das Letras, 2012.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. Curso de Direito Administrativo. São Paulo, Malheiros, 20 Ed., 2006

BAUMAN, Zygmunt. A cultura líquida no mundo moderno. 1. ed. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, 2013.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes. Ato de improbidade administrativa: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes; Correa, Felipe Abu-Jamra. Responsabilidade social da empresa e as ações afirmativas: implicações do estatuto da igualdade racial. Curitiba: JM, 2012.

BRASIL, Exposição de motivos EMI 0011/2009 – CGU/MJ/AGU. 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. Promulgada em 5 de outubro de 1988.

BRASIL. Convenção Sobre o Combate à Corrupção de Funcionários Públicos Estrangeiros em Transações Comerciais Internacionais, da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE.

BRASIL. Decreto nº 12.846. Responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. Diário Oficial, Brasília, DF, 01 de agosto de 2013.

BRASIL. Lei nº 8.429/92 – Lei de Improbidade Administrativa. Promulgada em 2 de junho de 1992.

BRASIL. Lei nº 9.784. Promulgada em 29 de janeiro de 1999.

CALLEGARI, André Luíz. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CAVALCANTE, Ruszel Lima Verde. Corrupção, origens e uma visão de combate. Brasília: Fundação Astrojildo Pereira – Edições FAP, 2006.

CONTROLADORIA-GERAL DA UNIÃO (CGU), INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL e GRUPO DE TRABALHO DO PACTO EMPRESARIAL PELA INTEGRIDADE CONTRA A CORRUPÇÃO. A responsabilidade social das empresas no combate à corrupção. 2009. Disponível em: <www.empresalimpa.org.br>. Acesso em: 10 mar. 2010.

COSTA, Ilton Garcia da; MAIA, Gustavo Favini Mariz. Discriminação religiosa no ambiente de trabalho e a inclusão ou exclusão social. JACAREZINHO: UENP, 2013. Disponível em: <http://eventos.uenp.edu.br/sid/publicacao/resumos/6.pdf>. Acesso em: 21 de junho de 2016.

COSTA, Ilton Garcia da; TIESSI, Bruna Geovana Fagá. Relação fiscal e sua efetivação a partir dos princípios constitucionais que garantem os direitos fundamentais. Revista Jurídica do UNICURITIBA. Curitiba, n.32, v.3, p. 163-180, nov. 2013. <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/683>. Acesso em: 21 de junho de 2016.

DOTTI, René Ariel. A Teoria do Domínio do Fato. Gazeta do Povo: 2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/columnistas/rene-ariel-dotti/a-teoria-do-dominio-do-fato-cuh31kbwjw2y7wruk5fdpi>. Acesso em: 05 de maio de 2016.

FERREIRA, Daniel. A licitação pública no Brasil e sua finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

FERREIRA, Daniel. Teoria Geral da Infração Administrativa, a partir da Constituição Federal de 1988. Belo Horizonte: Fórum, 2009. FORIGO, Marlus Vinicius; Rolim, Maria do Carmo Marcondes Brandão. Orientações para apresentação de trabalhos acadêmicos. 2 ed. Curitiba: UNICURITIBA, 2012.

FRANÇA, Phillip Gil. Ato Administrativo e interesse público: gestão público, controle judicial e consequencialismo administrativo. 2. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

GILBERTO, André Marques. Client Alert: Cade – Guia sobre O Programa De Leniência. Disponível em: <http://www.lecnews.com/web/client-alert-cade-guia-sobre-o-programa-de-leniencia/>. Acesso em 26 de junho de 2016

GIOVANINI, Wagner. Compliance: a excelência na prática. 1ª Ed. São Paulo: 2014.

JONAS, Hans. O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica. Rio de Janeiro: Contraponto: ED PUC-RIO, 2006.

JUSTEN FILHO, Marçal. Curso de Direito Administrativo. 8. ed. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

KELSEN, Hans. Teoria Pura do Direito. 6ª. ed. Tradução de João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes: 1998.

KNOERR, Fernando Gustavo. Bases e perspectivas da reforma política brasileira. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

LASSALE, Ferdinand. A Essência da Constituição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2001.

LEISINGER, Klaus M. Ética empresarial; responsabilidade global e gerenciamento moderno. Tradução de Carlos Almeida Pereira. Petrópolis, RJ: Vozes, 2001.

LÉVINAS, Emmanuel. Humanismo do Outro Homem. 4. ed. Petrópolis: Vozes, 2012.

LUSTOZA, Helton Kramer. A crise ética na sociedade brasileira. In: Revista Jurídica, Curitiba, v.1, n. 30, 2013.

MEDAUAR, Odete. Direito Administrativo Moderno. 10 ed. São Paulo: RT, 2006.

MEISTER, Fernanda Garofalo; RIDOLFO, Maria Sylvia de Toledo. Compliance é meio efetivo para coibir prática de ilícitos. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2014-jan-18/compliance-meio-efetivo-coibir-pratica-ilicitos>. Acesso em 27 de junho de 2016.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 20 ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

OLIVEIRA, Alexandre Lira; Ruschel, Natália Oliveira. Convenções internacionais para combate à corrupção. 2009. Disponível em: <http://www.liraa.com.br/conteudo/2186/convencoes-internacionais-para-combate-a-corrupcao>. Acesso em 28 de junho de 2016.

OLIVEIRA, Gilson Batista de. SOUZA-LIMA, José Edmilson. O desenvolvimento sustentável em foco. São Paulo: Annablume, 2006.

QUEIROZ, Roberlei Aldo. A ética na política e a representatividade do eleitor. 194 f. Dissertação (Mestrado em Direito Empresarial e Cidadania), UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba, Curitiba: 2015.

RAWLS, John. Uma teoria da justiça. 3. ed. São Paulo: Editora Martins Fontes, 2008.

RIBEIRO, Darcy (1922-1997). O povo brasileiro: a formação e o sentido do Brasil. São Paulo: Companhia das Letras, 2006.

ROUSSEAU, Jean Jaques. Rousseau e as relações internacionais. Tradução de Sergio Bath. São Paulo: UNB, 2003.

SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. Malheiros: São Paulo, 2002.

SÉLLOS-KNOERR, Viviane Coelho de; AHRENS, Luis Roberto. Segurança institucional e desenvolvimento. Curitiba: Clássica Editora, 2013. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1019/707>. Acesso em: 13 mai. 2015.

SEN, Amartya. Desenvolvimento como liberdade. Tradução Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVEIRA, Vladimir Oliveira da; RIBEIRO, Elenice Baleeiro Nascimento. Ética: conteúdo da responsabilidade corporativa e desdobramento da função solidária da empresa. Revista Jurídica do UNICURITIBA. Curitiba, n.39, v.2, p. 373 - 392, nov. 2015. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/1538/1053>. Acesso em 28 de junho de 2016.

SOUZA, Jessé. Ralé brasileira: quem é e como vive. Belo Horizonte, Editora

SOUZA-LIMA, José Edmilson; MACIEL-LIMA, Sandra. Responsabilidade Social: a arte de cuidar do outro. Curitiba: Memória, 2014

Capítulo X

COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL POR SANÇÃO CRIMINAL

FIGHT TO SLAVE LABOR IN BRAZIL FOR CRIMINAL PUNISHMENT

José Antonio Remedio
Valter Foletto Santin
Davi Pereira Remedio

RESUMO: O exercício do trabalho escravo assola a maioria dos países existentes na atualidade. Embora a escravidão tenha sido abolida formalmente no Brasil em 1888 por meio da Lei Áurea, o trabalho escravo continua sendo uma realidade no país, com contornos distintos daqueles existentes em relação à escravidão clássica. O Estado brasileiro contempla instrumentos legais visando ao combate do trabalho escravo, mas este continua presente em solo brasileiro. O presente trabalho, valendo-se do método hipotético-dedutivo, circunscrito à órbita brasileira, analisa a questão do trabalho escravo com ênfase às normas penais específicas para seu combate, objetivando, em especial, verificar se o tipo penal previsto no art. 149 do Código Penal, intitulado Redução a Condição Análoga à de Escravo, constitui real instrumento de combate ao seu exercício. Em conclusão tem-se que a aplicação do art. 149 do Código Penal, embora insuficiente, contribui para o combate ao trabalho escravo no Brasil.

Palavras-chave: Combate Penal ao Trabalho Escravo. Condição Análoga à de Escravo. Escravidão Contemporânea. Exploração do Trabalho Escravo. Trabalho Escravo. Direitos humanos.

ABSTRACT: The exercise of slave labor plaguing most countries existing today. Although slavery has been formally abolished in Brazil in 1888 by the Golden Law, forced labor continues to be a reality in the country, with different contours of those existing in the classical slavery. The Brazilian government considers legal instruments aimed at combating forced labor, but this is still present in Brazilian soil. This work, drawing on the hypothetical-deductive method, set the Brazilian orbit addresses the issue of slave labor with emphasis on specific penal provisions for its combat, aiming in particular verify that the criminal offense provided for in art. 149 of the Penal Code, entitled Reducing the condition Analogous to the Slave is real tool to combat exercise. In conclusion it has to be the application of art. 149 of the Criminal Code, although insufficient, contributes to the fight against slave labor in Brazil.

Keywords: Criminal Combat Forced Labour; Condition Analogous to Slave; Contemporary slavery; Exploitation of slave labor; Slavery. Human rights.

INTRODUÇÃO

O exercício do trabalho escravo é uma realidade que assola a maioria dos países existentes na atualidade. O trabalho escravo, “enquanto exploração do homem pelo homem com privação de seus direitos, implica em grave violação dos direitos humanos, em especial à dignidade da pessoa humana” (REMEDIO; REMEDIO, 2015, p. 8).

O tráfico de escravos da África para o Brasil coincidiu com os primeiros movimentos migratórios, depois da vinda dos colonizadores portugueses, sendo que a abolição da escravatura também provocou imigração europeia para substituição da mão de obra escrava nas lavouras, por influência de busca de trabalho (SANTIN, 2007, pp. 131-132; Nova Enciclopédia Ilustrada Folha, p. 476).

Everaldo Tadeu Quilici Gonzalez e Mauricio de Andrade concluem que o final da escravatura no Brasil deu-se por “imposição internacional” de países inseridos no sistema de “produção capitalista”, mas que ainda persiste, por dimensão econômica, como “reflexo de um processo patrimonialista”, em afronta à dignidade da pessoa humana (GONZALEZ e ANDRADE, 2007, p. 69).

Apesar da involuntariedade da vinda de africanos para servir de escravo, em extrema limitação de liberdade, a sua presença no país resultou no início da nossa miscigenação racial e cultural, decorrente de relacionamento entre portugueses, negros e indígenas, especialmente no período colonial entre brancos e as raças de cor, pelo “sistema de produção econômica” e por “escassez de mulheres brancas”, no regime da economia patriarcal, apontada por defendida por Gilberto Freyre como uma grande riqueza cultural do Brasil (FREYRE, 2003, pp. 32-33, passim).

Mais recentemente as ondas imigratórias tradicionais foram reforçadas pela vinda de chineses, coreanos, bolivianos, haitianos, principalmente, para trabalho, negócios e outras atividades produtivas. Há notícias de trabalhadores bolivianos em péssimas condições de trabalho no setor de vestuário, em situação análoga à de escravo (SENRA, 2016), e também de trabalhadores brasileiros, especialmente migrantes (MACEDO, 2015).

A escravatura foi abolida formalmente no Brasil em 1888, por meio da Lei Áurea (Lei n. 3.353, de 13 de maio de 1888). Apesar da abolição formal da escravidão no Brasil em 1888, ainda hoje o trabalho escravo, com contornos diferentes daqueles existentes em relação à escravidão clássica, que teve início na Idade Antiga, continua sendo praticado em solo brasileiro.

O trabalho escravo, hoje, implica em perda da liberdade humana, de forma direta ou indireta, por meio de coerção física ou moral, com cerceamento da livre opção e ação do trabalhador (PALO NETO, 2008, p. 41).

Em 2012, conforme dados da Organização Internacional do Trabalho (OIT), estimava-se no mundo a existência de aproximadamente 20,9 milhões de vítimas do trabalho forçado (OIT, 2014, p. 4 e 6). No Brasil, conforme dados da Comissão Pastoral da Terra (CPT), havia na década passada cerca de 25 mil pessoas em condições análogas à de escravo no Brasil (TRABALHO, 2004, p. 5).

A inexistência no Brasil de definição clara do que possa ser considerado trabalho escravo contribui para a impunidade dos infratores. As normas jurídicas existentes no Brasil, embora importantes, não têm sido suficientes para a obtenção de resultados expressivos em relação ao efetivo combate ao trabalho escravo.

O presente trabalho, valendo-se do método hipotético-dedutivo, circunscrito à órbita brasileira, analisa a questão do trabalho escravo com ênfase às normas penais específicas existentes para seu combate, objetivando, em especial, verificar se o tipo

penal previsto no art. 149 do Código Penal, intitulado Redução a Condição Análoga à de Escravo, constitui real instrumento de combate ao seu exercício. Em conclusão, tem-se que a aplicação do art. 149 do Código Penal, embora insuficiente, contribui para o combate ao trabalho escravo no Brasil.

1. BREVE HISTÓRICO E EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DO COMBATE À ESCRAVIDÃO

Inexistem registros precisos a respeito do momento em que surgiu no planeta a escravidão, enquanto coisificação do homem ou exploração do homem pelo homem, com privação de seus direitos, inclusive a liberdade.

A história da escravatura, de acordo com Delacampagne (2013, p. 14), pode ser dividida em três grandes períodos:

- a) o que compreende a Idade Antiga e a Idade Medieval;
- b) o que se inicia no final do século XV e se encerra no final do século XIX, marcado pelo maior tráfico de pessoas de todos os tempos;
- c) e o que começa em 1865, ano em que foi abolida oficialmente a escravatura nos Estados Unidos da América, e que ainda perdura até a presente data.

Até recentemente a escravidão existia legalmente em diversos países, como se verificou no Brasil, até o ano de 1888, data da Lei Áurea, por meio da qual foi promovida a abolição da escravatura no âmbito nacional. O século XXI também está impregnado pela exploração do trabalho escravo, agora com características diferentes daquelas existentes até o século XIX, que eram marcadas por tratar o homem como coisa ou objeto. A história do Brasil em relação à escravatura não é diferente da dos demais países, tendo sido utilizada legalmente em relação aos indígenas entre 1500 a 1570, e em relação ao negro africano entre os séculos XVIII e XIX (LEWKOWICZ; GUTIÉRREZ; FLORENTINO, 2008, p. 9-19), estimando-se que cerca de 3,6 milhões de escravos africanos teriam ingressado no Brasil até 1881 (RELATÓRIO, 2010, p. 3).

Todavia, embora o Brasil tenha abolido legalmente a escravatura em 1888 por meio da Lei Áurea, tenha assinado e ratificado a maioria dos tratados internacionais objetivando o combate à escravatura, tenha editado várias normas internas e instituído diversos órgãos visando ao combate à escravidão, mesmo assim o trabalho escravo continua sendo explorado, atualmente com outras características, formas e contornos (REMEDIO; REMEDIO, 2015, p. 8).

Historicamente, o trabalho escravo tem sido objeto de combate normativo nas órbitas internacional e nacional.

Entre os documentos internacionais utilizados de forma direta ou indireta no combate ao trabalho escravo destacam-se a Carta das Nações Unidas de 1945, a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a Convenção Relativa à Escravatura de 1926 (emendada pelo Protocolo assinado em 1953), a Convenção sobre a abolição do trabalho forçado de 1930, a Convenção suplementar relativa à abolição da escravatura, do tráfico de escravos e das instituições e práticas análogas à escravatura assinada de 1956, a Convenção sobre a abolição do trabalho forçado adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho em 1957, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969.

O Brasil, por sua vez, além de participar da maioria dos instrumentos internacionais de combate ao trabalho escravo, também possui diversas normas internas que, direta ou indiretamente, visam ao referido combate, como ocorre, por exemplo, em relação à Constituição Federal de 1988, no art. 1º, II, III e IV, art. 3º, I, III e IV, art. 4º,

II, art. 5º, III, art. 7º, XXII, XXVIII, art. 170, III, art. 186, III e IV, art. 193 e art. 243 (com a redação dada pela EC 81/2014).

A título de exemplo, estatui o art. 243 da Constituição Federal, com a redação dada pela EC 81/2014 (BRASIL, 1988):

As propriedades rurais e urbanas de qualquer região do País onde forem localizadas culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou a exploração de trabalho escravo na forma da lei serão expropriadas e destinadas à reforma agrária e a programas de habitação popular, sem qualquer indenização ao proprietário e sem prejuízo de outras sanções previstas em lei, observado, no que couber, o disposto no art. 5º.

Em nível infraconstitucional, o Decreto-lei n. 2.848, de 7-12-1940 – Código Penal (BRASIL, 1940), prevê o crime de “redução a condição análoga à de escravo” em seu art. 149 e § 1º, incisos I e II (com a redação dada pela Lei n. 10.803/2003), em relação às seguintes condutas: submeter alguém a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva (“caput”); sujeitar alguém a condições degradantes de trabalho (“caput”); restringir, por qualquer meio, a locomoção de alguém em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto (“caput”); cercear o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (§ 1º, I); ou manter vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apoderar de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (art. 1º, II).

2. O DIREITO PENAL BRASILEIRO E O COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO

Apesar dos esforços empreendidos no Brasil para combater o trabalho escravo e de possuir a legislação brasileira tipo penal específico visando ao seu combate, no caso o art. 149 do Código Penal, a realidade tem mostrado, no âmbito do Poder Judiciário, especificamente na órbita penal, que são em número bastante reduzido as condenações dos respectivos infratores.

O art. 149 do Código Penal, em sua redação originária, tipificava o crime de “redução a condição análoga à de escravo” nos seguintes termos: “art. 149 – Reduzir alguém a condição análoga à de escravo: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos”.

O tipo penal em questão era aberto, o que dificultava sobremaneira seu combate pelas autoridades e órgãos constituídos, entre os quais o Ministério Público e o Poder Judiciário.

A Lei 10.803, de 11-12-2003, deu nova redação ao “caput” do art. 149 do Código Penal e acrescentou dois novos parágrafos ao dispositivo legal.

Estatui o “caput” do art. 149 do Código Penal, com a redação dada pela Lei 10.803/2003, que se considera redução a condição análoga à de escravo: submeter alguém a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva; sujeitar alguém a condições degradantes de trabalho; e restringir, por qualquer meio, da locomoção de alguém em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto.

O “caput” do art. 149 do Código Penal comina a pena de “reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência”.

Incorre nas mesmas penas do “caput” do art. 149 do Código Penal quem: cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (inciso I); ou mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se

apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (inciso II).

A pena do crime de redução a condição análoga à de escravo prevista no “caput” do art. 149 do Código Penal é aumentada de metade, se o crime for cometido (§ 2º): contra criança ou adolescente (inciso I); ou por motivo de preconceito de raça, cor, etnia, religião ou origem (inciso II).

Os arts. 206 e 207 do Código Penal, ao tratarem do aliciamento para o fim de emigração (art. 206) e do aliciamento de trabalhadores de um local para outro do território nacional (art. 207), apesar de não tipificarem expressamente o trabalho escravo como crime, têm relação e aplicação no tocante a inúmeros abusos praticados contra os trabalhadores.

O conceito de trabalho escravo é bastante variável.

A ausência de conceito uniforme em relação ao trabalho escravo, porém, constitui um dos óbices para seu efetivo combate, em especial na órbita penal brasileira.

Schwarz (2008, p. 117-118) define a escravidão contemporânea como

o estado ou a condição de um indivíduo que é constrangido à prestação de trabalho, em condições destinadas à frustração de direito assegurado pela legislação do trabalho, permanecendo vinculado, de forma compulsória, ao contrato de trabalho mediante fraude, violência ou grave ameaça, inclusive mediante a retenção de documentos pessoais ou contratuais ou em virtude de dívida contraída junto ao empregador ou pessoa com ele relacionada.

No Brasil, consoante decisão do Superior Tribunal de Justiça ao julgar o Mandado de Segurança n. 14.017-DF, o trabalho escravo, assim como tudo o que a ele se assemelhe, “configura gritante aberração e odioso desvirtuamento do Estado de Direito, sobretudo em era de valorização da dignidade da pessoa, dos direitos humanos e da função social da propriedade” (BRASIL, 2009).

Na esfera penal, segundo Damiano (2014, p. 60), verifica-se a situação análoga à escravidão “toda vez que um trabalhador estiver em situação forçada de trabalho, encarcerado e com liberdade de ir e vir cerceada, preso, ou não, mas sob forte coação, punições e até mesmo em meio a homicídios”.

E, conforme decidiu o Superior Tribunal de Justiça quando do julgamento do Conflito de Competência n. 127.937-GO, para a configuração do delito do art. 149 do Código Penal, “não é imprescindível a restrição à liberdade de locomoção dos trabalhadores, a tanto também se admitindo a sujeição a condições degradantes, subumanas” (BRASIL, 2014).

Na lição de Bitencourt (2014, p. 438), apesar do bem jurídico tutelado pelo art. 149 do Código Penal ser a liberdade individual, na verdade também se protege “a liberdade sob o aspecto ético-social, a própria dignidade do indivíduo, também igualmente elevada ao nível de dogma constitucional”, pois a redução de alguém a condição análoga à de escravo “fere, acima de tudo, o ‘princípio da dignidade humana’, despojando-o de todos os seus valores ético-sociais, transformando-o em ‘res’, no sentido concebido pelos romanos”.

Consoante entendimento do Supremo Tribunal Federal (BRASIL, 2012) expressado quando do julgamento do Inquérito n. 3.412-AL, embora não seja qualquer violação dos direitos trabalhistas que configure trabalho escravo, “se a violação aos direitos do trabalho é intensa e persistente, se atinge níveis gritantes e se os trabalhadores são submetidos a trabalhos forçados, jornadas exaustivas ou a condições degradantes de

trabalho”, é possível em tese o enquadramento no crime previsto no art. 149 do Código Penal, uma vez que os trabalhadores estão recebendo tratamento análogo ao de escravos, sendo privados de sua liberdade e de sua dignidade.

A submissão de alguém a trabalhos forçados, conforme dispõe o art. 149, “caput”, do Código Penal, implica na prática do crime de redução a condição análoga à de escravo.

É considerado trabalho forçado ou obrigatório, nos termos do n. 1 do art. 2º da Convenção n. 29 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) de 1930, e para os fins da referida Convenção, “todo trabalho ou serviço exigido de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente” (CONVENÇÃO, 1930).

Não estão incluídas nas expressões “trabalho forçado” ou “trabalho obrigatório”, conforme estabelecido pelo n. 2 do art. 2 da Convenção n. 29, e para os fins da Convenção, algumas ações, comportamentos e formas de agir, como as seguintes (CONVENÇÃO, 1930):

a) qualquer trabalho ou serviço exigido em virtude de leis do serviço militar obrigatório com referência a trabalhos de natureza puramente militar;

b) qualquer trabalho ou serviço que faça parte das obrigações cívicas comuns de cidadãos de um país soberano,

c) qualquer trabalho ou serviço exigido de uma pessoa em decorrência de condenação judiciária, contanto que o mesmo trabalho ou serviço seja executado sob fiscalização e o controle de uma autoridade pública e que a pessoa não seja contratada por particulares, por empresas ou associações, ou posta à sua disposição;

d) qualquer trabalho ou serviço exigido em situações de emergência, ou seja, em caso de guerra ou de calamidade ou de ameaça de calamidade, como incêndio, inundação, fome, tremor de terra, doenças epidêmicas ou epizooticas, invasões de animais, insetos ou de pragas vegetais, e em qualquer circunstância, em geral, que ponha em risco a vida ou o bem-estar de toda ou parte da população;

e) pequenos serviços comunitários que, por serem executados por membros da comunidade, no seu interesse direto, podem ser, por isso, considerados como obrigações cívicas comuns de seus membros, desde que esses membros ou seus representantes diretos tenham o direito de ser consultados com referência à necessidade desses serviços.

Na lição de Damiano (2014, p. 65), são considerados como trabalho forçado pela Organização Internacional do Trabalho (OIT), entre outras,

a escravidão natural (por nascimento) ou em virtude de descendência, rapto ou sequestro, venda de pessoas a outra, confinamento no ambiente de trabalho, coação psicológica, dívida induzida, engano ou falsas promessas, retenção ou não de pagamento de salários, retenção de documentos de identidade.

No Brasil, o art. 3º, § 1º, “a”, da Instrução Normativa n. 91, de 5-10-2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, define o trabalho forçado como

todas as formas de trabalho ou de serviço exigidas de uma pessoa sob a ameaça de sanção e para o qual não se tenha oferecido espontaneamente, assim como aquele exigido como medida de coerção, de educação política, de punição por ter ou expressar opiniões políticas ou pontos de vista ideologicamente opostos ao sistema político, social e econômico vigente, como método de mobilização e de utilização da mão-de-obra para

fins de desenvolvimento econômico, como meio para disciplinar a mão-de-obra, como punição por participação em greves ou como medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa (INSTRUÇÃO, 2011).

O trabalho forçado é definido por Brito Filho (2014, p. 71) como aquele “prestado por trabalhador a tomador de serviços em caráter obrigatório, quando não decorrer da livre vontade do primeiro, ou quando a obrigatoriedade for consequência, por qualquer circunstância, da anulação de sua vontade”.

A submissão de alguém a jornada exaustiva de trabalho, conforme dispõe o art. 149, “caput”, do Código Penal, também constitui crime de redução a condição análoga à de escravo.

A jornada exaustiva é definida pelo art. 3º, § 1º, “b”, da Instrução Normativa n. 91, de 5-10-2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, com toda jornada de trabalho de natureza física ou mental que, por sua extensão ou intensidade, cause esgotamento das capacidades corpóreas e produtivas da pessoa do trabalhador, ainda que transitória e temporalmente, acarretando, em consequência, riscos a sua segurança e/ou a sua saúde (INSTRUÇÃO, 2011).

A CONAETE (Coordenadoria Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo), órgão do Ministério Público do Trabalho, define jornada do trabalho exaustiva em sua Orientação n. 3, entendendo-a como aquela que, por circunstâncias de intensidade, frequência, desgaste ou outras, cause prejuízos à saúde física ou mental do trabalhador, agredindo sua dignidade, e decorra de situação de sujeição que, por qualquer razão, torne irrelevante a sua vontade (MINISTÉRIO, 2002, p. 9).

A jornada exaustiva é definida por Brito Filho (2014, p. 78) como a jornada de trabalho imposta a alguém por outrem em relação de trabalho, obedecendo ou não aos limites legais extraordinários estabelecidos na legislação de regência, desde que o trabalho cause prejuízos à vida ou à saúde física e mental do trabalhador, exaurindo-o, e, decorrente de uma situação de sujeição que se estabelece entre ambos, de maneira forçada ou por circunstâncias que anulem a vontade do primeiro.

A sujeição de alguém a condições degradantes de trabalho, nos termos do art. 149, “caput”, do Código Penal, implica, outrossim, na prática do crime de redução a condição análoga à de escravo.

O art. 3º, § 1º, “c”, da Instrução Normativa n. 91, de 5-10-2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, define as condições degradantes do trabalho como todas as formas de desrespeito à dignidade humana pelo descumprimento aos direitos fundamentais da pessoa do trabalhador, notadamente em matéria de segurança e saúde e que, em virtude do trabalho, venha a ser tratada pelo empregador, por preposto ou mesmo por terceiros, como coisa e não como pessoa (INSTRUÇÃO, 2011).

Na doutrina, segundo Brito Filho (2014, p. 86) as condições degradantes de trabalho ou o trabalho em condições degradantes são definidas como as condições impostas pelo tomador de serviços que, em relação de trabalho em que o prestador de serviços tem sua vontade cerceada ou anulada, com prejuízos à sua liberdade, resultam concretamente na negação de parte significativa dos direitos mínimos previstos na legislação vigente, desde que isto significa a instrumentalização do trabalhador.

Entendem-se por condições degradantes, na lição de Mirabete e Fabbrini (2013, p. 169), “as aviltantes ou humilhantes, não apenas em geral consideradas, mas também em face das condições pessoais da vítima, que afronta sua dignidade”.

A escravidão por dívida é também vedada criminalmente.

O Código Penal brasileiro dispõe no art. 149, “caput”, que a restrição, por qualquer meio, da locomoção de alguém em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto, constitui crime de redução a condição análoga à de escravo.

O art. 3º, § 1º, “d”, da Instrução Normativa n. 91, de 5-10-2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, considera restrição da locomoção do trabalhador todo tipo de limitação imposta ao trabalhador a seu direito fundamental de ir e vir ou de dispor de sua força de trabalho, inclusive o de encerrar a prestação do trabalho, em razão de dívida, por meios diretos ou indiretos, por meio de e coerção física ou moral, fraude ou outro meio ilícito de submissão (INSTRUÇÃO, 2011).

Brito Filho (2004, p. 95) define a restrição de locomoção do trabalhador, por qualquer meio, em razão de dívida contraída, como “a restrição ao direito do trabalhador de deixar o trabalho, por coação ou qualquer outro meio, em razão de dívida, lícita ou ilícitamente constituída, deste para com o tomador de seus serviços ou com seus propositos”.

A legislação brasileira ainda prevê o crime de redução a condição análoga à de escravo por equiparação, como ocorre em relação a quem (BRASIL, 1940):

a) cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (art. 149, § 1º, inciso I);

b) mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (art. 149, § 1º, II).

O art. 3º, da Instrução Normativa n. 91, de 5-10-2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho (INSTRUÇÃO, 2011), considera:

a) vigilância ostensiva no local de trabalho: “todo tipo ou medida de controle empresarial exercida sobre a pessoa do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho” (§ 1º, “e”);

b) posse de documentos ou objetos pessoais do trabalhador: “toda forma de apoderamento ilícito de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o objetivo de retê-lo no local de trabalho” (§ 1º, “g”).

Por sua vez, o art. 3º, § 1º, “e”, da Instrução Normativa n. 91, de 5-10-2011, da Secretaria de Inspeção do Trabalho, considera cerceamento do uso de qualquer meio de transporte com o objetivo de reter o trabalhador, “toda forma de limitação do uso de transporte, particular ou público, utilizado pelo trabalhador para se locomover do trabalho para outros locais situados fora dos domínios patronais, incluindo sua residência, e vice-versa” (INSTRUÇÃO, 2011).

Importante destacar que, consoante entendimento do STF ao julgar o Inquérito n. 3.412-AL (BRASIL, 2012), para a caracterização do crime de redução a condição análoga à de escravo, as condutas previstas no art. 149 do Código Penal são alternativas (BRASIL, 2012).

Sob a égide do art. 149 do Código Penal até a entrada em vigor da Lei 10.803/2003, pesquisas demonstravam (RELATÓRIO, 2010, p. 15-17) que as acusações criminais pelo crime de trabalho escravo eram ainda baixas e, quando realizadas, poucas eram as condenações.

Embora pouco tempo tenha se passado após a edição da Lei 10.803/2003, que deu nova redação ao art. 149 do Código Penal, ampliando de forma objetiva as figuras típicas ensejadoras do crime de redução a condição análoga à de escravo, e em que pesem as notórias dificuldades para investigação de delitos dessa natureza, sejam eles praticados na órbita urbana ou rural, espera-se que o combate ao trabalho escravo seja de fato realizado na órbita penal, em especial pelos órgãos públicos incumbidos da investigação administrativa e policial, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário.

3. CONCLUSÃO

O trabalho escravo acompanha a história do homem desde a Idade Antiga, embora atualmente possua novas formas e contornos.

O combate ao trabalho escravo é objeto de proteção tanto no âmbito internacional como na órbita nacional.

A abolição formal da escravidão verificou-se no Brasil em 1888, por meio da Lei Áurea, porém, embora erradicada formalmente em 1888, o trabalho escravo continuou e continua a ser utilizado, agora com novas formas ou vestes.

Hoje o trabalho escravo possui dimensões bastante vastas, como o trabalho forçado, o trabalho degradante, o trabalho por dívida e a jornada excessiva, e é exercido no Brasil tanto na área rural como na área urbana.

A legislação brasileira, em especial na órbita penal, tipifica o crime de “redução a condição análoga à de escravo” no art. 149 do Código Penal, cominando aos delitos sanções penais bastante severas, inclusive privativas de liberdade.

As condenações judiciais por crimes de redução análoga à de escravo por fatos praticados até o advento da Lei 10.803/2013 são bastante reduzidas, o que, lamentavelmente, acabou contribuindo para a ineficácia do combate ao trabalho escravo no Brasil.

A Lei 10.803/2003, ao dar nova redação ao art. 149 do Código Penal, ampliou de forma objetiva as figuras típicas ensejadoras do crime de redução a condição análoga à de escravo e, embora ainda persistam as dificuldades em relação à investigação a essa modalidade de delito por ser ele praticado em todo o território nacional, tanto na área rural como urbana, espera-se que o combate ao trabalho escravo seja de fato realizado, em especial pelos órgãos públicos incumbidos da investigação, pelo Ministério Público e pelo Poder Judiciário, com a respectiva responsabilização dos infratores.

REFERÊNCIAS

BITENCOURT, C. R. Tratado de direito penal: parte especial: dos crimes contra a pessoa. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, v. 2.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em 17 jul. 2016.

_____. Decreto-lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em 17 jul. 2016.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 127.937-GO. Ministro Nefi Cordeiro. Brasília: DJe, 6 jun. 2014. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=35386977&tipo=5&nre>>

g=201301244625&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20140606&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em 12 fev. 2015.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 14.017-DF. Ministro Herman Benjamin. Brasília: DJe, 1º jul. 2009. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ATC?seq=5287825&tipo=5&nreg=200802714966&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20090701&formato=PDF&salvar=false>>. Acesso em 12 fev. 2015.

_____. Supremo Tribunal Federal. Inquérito n. 3.412-AL. Ministra Rosa Weber. Brasília: DJe, 12 nov. 2012. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=3076256>>. Acesso em 18 fev. 2015.

BRITO FILHO, J. C. M. Trabalho escravo: caracterização jurídica. São Paulo: LTr, 2014.

CONVENÇÃO N. 29, de 1930 – Trabalho Forçado ou Obrigatório. Organização Internacional do Trabalho (OIT). Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449>>. Acesso em 18 fev. 2015.

DAMIÃO, D. R. R. Situações análogas ao trabalho escravo. São Paulo: Letras Jurídicas, 2014.

DELACAMPAGNE, C. História da escravatura. Tradução Pedro Elói Duarte. Lisboa: Texto & Grafia, 2013.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed., São Paulo: Global, 2003.

GONZALEZ, E. T. Q.; ANDRADE, M. A questão da terra e o trabalho escravo no Brasil: violação do princípio da dignidade pessoa humana. Revista Cadernos de Direito, do Curso de Mestrado em Direito da Universidade Metodista de Piracicaba. Piracicaba: UNIMEP, v. 7, n. 12-13, pp. 69-69, jul. e dez.2007. Disponível em <https://www.metodista.br/revistas/revistas-unimep/index.php/cd/article/view/636/193>. Acesso em 21 jul. 2016.

INSTRUÇÃO NORMATIVA n. 91, de 5 de outubro de 2011. Secretaria de Inspeção do Trabalho. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D32DC09BB0132DFD134F77441/in_20111005_91.pdf>. Acesso em 17 out. 2015

LEWKOWICZ, I.; GUTIÉRREZ, H.; FLORENTINO, M. Trabalho compulsório e trabalho livre na história do Brasil. São Paulo: Editora Unesp, 2008.

MACEDO, F. “Fiscais resgataram quase mil de trabalho escravo em 2015”. Blog Fausto Macedo. Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/fiscais-resgataram-quase-mil-de-trabalho-escravo-em-2015/>. Acesso em 21 jul. 2016.

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO - 2002. O trabalho escravo está mais próximo do que você imagina. Disponível em: <http://portal.mpt.gov.br/wps/wcm/connect/9a0cf38047af3bb1bd98bfd0854ab81a/Cartilha+Alterada_3-1.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=9a0cf38047af3bb1bd98bfd0854ab81a>. Acesso em 12 fev. 2015.

MIRABETE, J. F.; FABBRINI, R. N. Manual de direito penal: parte especial: arts. 121 a 234-B do CP. 31. ed. São Paulo: Atlas, 2014, v. 2.

NOVA Enciclopédia Ilustrada Folha. São Paulo: Folha da Manhã, 1996

OIT - ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Lucro e pobreza: a economia do trabalho forçado – 2014. Disponível em: <www.conjur.com.br/dl/relatorio-oit-trabalho-forcado.ppt>. Acesso em 4 jan. 2015.

PALO NETO, V. Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo. São Paulo: LTr, 2008.

RELATÓRIO DA RELATORA ESPECIAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÂNEAS DE ESCRAVIDÃO, INCLUINDO SUAS CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS SOBRE SUA VISITA AO BRASIL - 2010 Disponível em: <<http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:igoVHgsBkJgJ:pfdc.pgr.mpf.mp.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/publicacoes/trabalho-escravo/relatorio-da-relatora-especial-onu-sobre-formas-contemporaneas-de-escravidao+&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br>>. Acesso em 31 dez. 2014.

REMEDIO, J. A.; REMEDIO, D. P. A proteção penal contra o trabalho escravo contemporâneo no ordenamento jurídico brasileiro. In BRAGA, Ana Gabriela Mendes; ÁGUILA, Iara Marthos; CUNHA, Juliana Frei; BORGES, Paulo César Corrêa (Orgs.). Formas contemporâneas de trabalho escravo. São Paulo: PPGD, 2015, p. 6-20.

SANTIN, Valter Foletto. “Migração e Discriminação de trabalhador”. Revista Argumenta (Revista Argumenta Journal Law), do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da UENP, Jacarezinho/PR: UENP, 2007, v. 7, p. 74-87.

SCHWARZ, R. G. Trabalho escravo: a abolição necessária. São Paulo: LTr, 2008.

SENRA, Ricardo. “Fiscalização flagra trabalho escravo e infantil em marca de roupas de luxo em SP”. Portal G1. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/06/fiscalizacao-flagra-trabalho-escravo-e-infantil-em-marca-de-roupas-de-luxo-em-sp.html>. Acesso em 21 jul. 2016

TRABALHO ESCRAVO NO BRASIL. Quando se fala em trabalho escravo. Revista Observatório Social, n. 6, p. 5-9, jun. 2004. Disponível em: <http://reporterbrasil.org.br/documentos/escravos_aco.pdf>. Acesso em 12 fev. 2015.

Capítulo XI

CONDUÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR NO BRASIL POR ESTRANGEIRO E FACILITAÇÃO DA MEDIDA COMO INCLUSÃO DO IMIGRANTE NO MERCADO DE TRABALHO

AUTOMOTIVE VEHICLE DRIVING IN BRAZIL FOR FOREIGN AND MEASURE FACILITATION AS IMMIGRANT INCLUSION IN THE LABOUR MARKET

José Antônio da SILVA
Valter Foletto SANTIN
Antonio Sergio Cordeiro PIEDADE

RESUMO: Tendo em vista a possibilidade de considerável aumento na chegada de estrangeiros no Brasil, sendo majoritariamente refugiados sírios e haitianos em virtude da atual situação política e econômica de seus países de origem; faz-se necessária uma revisão nas políticas que o Brasil adota para receber refugiados, principalmente quanto à moradia, alimentação, necessidades básicas, assistência médica, legalização de sua estadia no país, bem como condições de trabalho; para que possam auferir renda própria e reiniciar nova vida na nação que os recebeu. No que tange às políticas nacionais vigentes, observa-se a ausência de uma sistematização eficaz da legislação pertinente ao assunto, a qual precisa ser repensada para que seja adotado um modelo de gestão inclusivo para os refugiados. Considerando a diversidade de oportunidades de trabalho que podem ser oferecidas aos refugiados e suas exigências quanto a experiências, habilidades, capacitações e condições técnicas e legais; nota-se que grande parte das vagas oferecidas exige que o trabalhador seja condutor de veículos automotores, sejam eles automóveis, motocicletas ou veículos de carga; sendo que a falta da devida habilitação pode ser um obstáculo no caminho para conseguir um emprego formal, ou até mesmo informal. Dessa forma, pertinente faz-se voltar os holofotes para uma intensiva reflexão acerca dos mecanismos de inclusão de refugiados no mercado de trabalho brasileiro, tendo, nessa pesquisa, a condução de veículos automotores como instrumento para que alternativas sejam conferidas a tal população desamparada por seus países de origem e que precisam de uma efetiva inclusão social nos países que os recebem. Este trabalho utilizou o método interpretativo bibliográfico.

PALAVRAS-CHAVE: Refugiado. Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Inclusão no mercado de trabalho. Estrangeiro. Motorista. Condução de veículo automotor.

ABSTRACT: Given the possibility of considerable increase in the arrival of foreigners in Brazil, mostly Syrian and Haitian refugees due to the current political and

economic situation in their countries of origin; review the policies it is necessary that Brazil adopts to receive refugees, particularly regarding housing, food, basic necessities, medical care, legalization of their stay in the country and working conditions; so that they can earn their own income and start new life in the nation that received them. With respect to existing national policies, there is a lack of effective systematization of legislation relevant to the subject, which needs to be rethought so that a comprehensive management model for refugees to be adopted. Considering the diversity of job opportunities that can be offered to refugees and their demands as the experiences, skills, training and technical and legal conditions; Note that most of the places offered requires that the worker is driver of motor vehicles, whether cars, motorcycles and freight vehicles; and that the lack of proper qualification can be an obstacle on the way to get a formal job, or even informal. Thus, relevant is to return the spotlight to an intensive reflection on the refugee inclusion mechanisms in the Brazilian labor market and, in this research, driving motor vehicles as a tool for alternatives to be granted to such people helpless by their countries of origin and in need of an effective social inclusion in the receiving countries.

KEYWORDS: Refugee. Dignity of human person. Fundamental rights. Inclusion in the labor market. Foreigner. Driver. Driving motor vehicle

INTRODUÇÃO:

O fenômeno da globalização facilita o conhecimento e a repercussão mundial de qualquer evento, podendo ser apontado o problema atual de intensa migração de povos, principalmente de árabes para a Europa, em situação de refúgio, para afastamento de ameaça política e social de sofrimento de danos físicos e mentais e até risco à própria vida.

A situação provoca a necessidade de ampliação e desenvolvimento de políticas públicas para inserção de estrangeiros, especialmente para atendimento de demandas humanitárias, no recebimento de refugiados e fornecimento de condições de ingresso no mercado de trabalho, não apenas como ação solidária e humanitária, mas também como forma de integração cultural e aquecimento da economia com a força de trabalho dos imigrantes.

No atual momento sócio-político em que se encontra parte da Europa, pertinente a necessidade de reflexão acerca de toda a problemática atinente aos refugiados; no caso brasileiro pela recepção de imigrantes ou refugiados sírios e haitianos em virtude da atual situação política e econômica de seus países de origem. É necessária uma revisão nas políticas que o Brasil adota para receber refugiados, principalmente quanto à moradia, alimentação, necessidades básicas, assistência médica, legalização de sua estadia no país, bem como condições de trabalho para que possam auferir renda própria e reiniciar nova vida na nação que os recebeu.

Dado o exposto, a ausência de atuação estatal em setores essenciais da sociedade para a contenção de conflitos sociais - que merecem primordial cautela em seu tratamento - acaba por acarretar uma nova marginalização desses imigrantes no país que os recebeu, fazendo com que lhes sejam negados novamente direitos e garantias fundamentais para

a efetivação da dignidade da pessoa humana, e, devido a isso, a inclusão no mercado de trabalho demonstra ser importantíssima alternativa para viabilizar a permanência dos refugiados no Brasil, evitando que eles sejam submetidos a trabalho escravo, e ainda, que se envolvam em atividades ilícitas.

Como o mercado de trabalho apresenta muitas restrições, há que se buscar formas de qualificação dos imigrantes que permitam o seu aproveitamento nos mais diversos tipos de emprego como efetiva garantia de inserção no mercado de trabalho. Assim, o presente estudo visa a sistematização e análise da legislação pertinente à condução de veículo automotores por estrangeiros no Brasil como instrumento auxiliar de garantia de emprego aos refugiados que venham a ser recebidos aqui.

Dessa forma, por meio de análises engajadas com a realidade social vigente, buscou-se - através da pesquisa bibliográfica e da legislação esparsa vigente acerca da temática desenvolvida, bem como com o auxílio do método dedutivo-indutivo -, a apreciação de que o objetivo último de uma eficaz política de inclusão de refugiado passa pela sua inserção no mercado de trabalho e sua proteção como pessoa.

1. REFUGIADOS E GLOBALIZAÇÃO

O processo de imigração no Brasil se iniciou com o descobrimento em 1500, com a chegada dos Portugueses. Posteriormente tivemos o tráfico de escravos da África, seguida pela chegada de Franceses e Holandeses, depois vieram muitos Italianos, os quais, em grande parte, substituíram os escravos nas lavouras (SANTIN, 2007, pp. 131-132; Nova Enciclopédia Ilustrada Folha, p. 476). O Brasil teve grandes ondas migratórias de árabes, japoneses, alemães e mais recentemente a vinda de chineses, coreanos, bolivianos, haitianos e imigrantes de várias nacionalidades que aqui se fixaram e ajudaram a construir e enriquecer o País.

Além da atividade econômica, a imigração provoca a integração entre diferentes imigrantes e também destes com os nativos, resultando na nossa miscigenação racial e cultural, defendida por Gilberto Freyre como uma grande riqueza cultural do Brasil, diante da experiência de relacionamento entre portugueses, negros e indígenas, especialmente no período colonial entre brancos e as raças de cor, pelo “sistema de produção econômica” e por “escassez de mulheres brancas”, no regime da economia patriarcal (FREYRE, 2003, pp. 32-33).

A universalidade dos direitos humanos impede a discriminação dos imigrantes em razão de sua condição de origem e ainda lhes garante o direito ao trabalho em condições de igualdade com os trabalhadores nacionais, conforme preceitos da Declaração Universal dos Direitos Humanos e da Convenção sobre os Trabalhadores Migrantes da OIT, também chamada de Convenção 97, a qual foi aprovada no Brasil pelo Decreto nº 58.819, de 14 de julho de 1966.

O refugiado é um tipo diferente de migrante, uma vez que não se desloca de sua pátria por voluntariedade, mas por imposição de situações de crises, as quais não lhe permitem viver adequadamente em seu País. Esses deslocamentos, geralmente em massa, implicam em violações dos direitos humanos dos refugiados e os submetem a condições de vida degradantes. Em tal linha, Valter Foleto Santin salienta que “a movimentação de pessoas e trabalhadores, de uma região para outra e de um país para outro, provoca inúmeros problemas de adaptação social, cultural e psicológica, o que facilita a ocorrência de discriminação pelo povo receptor” (SANTIN, 2007, p.131).

O processo de globalização vem alterando a dinâmica normal de movimentação de refugiados. Normalmente havia a migração para locais próximos às fronteiras de seus Países de origem, onde permaneciam amontoados em acampamentos, vivendo em condições precárias, no entanto, em virtude da globalização, hoje já se deslocam para diversas partes do mundo, seja legal ou ilegalmente, sempre em busca de melhores condições de vida. A vida em sociedade pressupõe solidariedade e auxílio mútuo entre as pessoas para que viabilize a própria vida em sociedade e a paz social. Nenhuma nação pode se furtar a prestar auxílio humanitário a pessoas em situação de vulnerabilidade.

O acesso ao trabalho é um direito assegurado aos refugiados, conforme lembra Gustavo Henrique Paschoal:

A Convenção de Genebra, de 1951, em seus arts. 17, 18 e 19, impõe aos seus signatários o dever de tratamento igualitário aos refugiados no que se refere ao trabalho. De acordo com o instrumento internacional – do qual, recorde-se, o Brasil é parte contratante – os refugiados têm direito ao exercício de profissões assalariadas, não assalariadas ou liberais, devendo receber tratamento tão favorável quanto possível ao dado aos demais estrangeiros, levando-se sempre em conta a especial condição em que aquelas pessoas se encontram em território brasileiro (PASCHOAL, 2012, p 110).

Ihering já referia a necessidade de ajuda ao semelhante, mesmo originária de pessoa “tão simples” ou “tão miserável”, porque “uma existência iluminada traz para o mundo abundantes benefícios”, lembrando que “o berço do maior dos homens localizava numa cabana de rara pobreza material” (IHERING, 2004, p.25).

Lafayette Pozzoli defende a positivação de direitos ligados ao humanismo, porque os Direitos humanos “conscientizam e declaram o que vai sendo adquirido nas lutas sociais e dentro da história, para transformar-se em opção jurídica indeclinável” (POZZOLI, 2002, p. 81).

Iilton Garcia da Costa, Rogerio Cangussu Dantas Cachichi e Zilda Cangussu Dantas Cachichi difundem a ideia de misericórdia em benefício do seu semelhante, até mesmo pela necessidade de socorro prestado pelo Estado, pois “aquele que tem fome, aquele que tem sede, aquele que está nu, aquele que está desesperado, aquele que está doente, o Estado, quando misericordioso, há de socorrer” (COSTA, CACHICHI e CACHICHI, 2016, p. 98).

Em tal postura humanitária figura a ação de misericórdia, de compaixão, inerente à própria condição humana de socorrer o necessitado e da própria postura do Estado de buscar o bem comum e auxiliar os desamparados e necessitados.

2. DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO

Considerando a diversidade de oportunidades de trabalho que podem ser oferecidas aos refugiados e suas exigências quanto a experiências, habilidades, capacitações e condições técnicas e legais; há que se considerar que grande parte das vagas oferecidas exige que o trabalhador seja também condutor de veículos automotores, sejam eles automóveis, motocicletas ou veículos de carga; sendo que a falta da devida habilitação para conduzir veículos automotores pode ser um obstáculo no caminho para conseguir um emprego formal, ou até mesmo informal.

Não há como negar que o direito ao trabalho se insere no rol dos direitos fundamentais, no entanto, trata-se de um direito social que, em virtude da amplitude e

abrangência, e ainda das limitações do Estado, não pode ser diretamente oferecido por este. Assim, deve o Estado funcionar como garantidor do direito ao trabalho frente aos particulares que podem figurar como empregadores e também aos indivíduos que buscam efetivar seu direito ao trabalho, por meio de políticas públicas de fomento ao emprego e de legislação que proteja os direitos dos trabalhadores. Conforme explica Ilton Garcia da Costa:

A nota distintiva encontra-se, portanto, na mediação feita pela legislação, que dará conta de fazer chegar os direitos fundamentais junto às tratativas privadas. No que diz respeito aos direitos fundamentais sociais, não é nenhuma novidade a existência de legislação intermediadora, no sentido de conceder esses direitos por meio de uma iniciativa particular. (COSTA et al, 2015, p. 268)

Apesar do domínio do mercado de trabalho pela iniciativa privada, o Estado permanece não apenas como garantidor, mas também como regulador das relações trabalhistas, em virtude da vulnerabilidade do trabalhador frente ao empregador. Ainda segundo Ilton Garcia da Costa:

No artigo 1º da Constituição Federal de 1988 se verifica que o Estado brasileiro fez a clara opção pelo sistema econômico capitalista, onde um dos fundamentos é o valor social do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, IV), tendo como um dos objetivos garantir desenvolvimento nacional. (...) embora haja nítida opção pelo sistema capitalista, a Constituição Federal, ao regulamentar a atuação da ordem econômica, impõe limites à sua atuação. (COSTA e MIGUEL, 2014, p 215).

Dessa forma, o Estado deve garantir a proteção do trabalhador e também a inclusão do trabalhador no mercado de trabalho, afinal, a proteção do trabalhador será inócua caso este não tenha acesso ao emprego justo. Toda essa proteção visa, além de assegurar o bem-estar do trabalhador, evitar que este seja explorado em seu potencial laboral por meio da redução à condição análoga à de escravo, em respeito à defesa da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Vanessa de Biassio Mazzuti:

Ao Estado incumbe ofertar condições para a existência humana, garantindo a todos, sem qualquer distinção, os meios indispensáveis ao completo desenvolvimento e assegurando os direitos fundamentais previstos na Lei maior. Vê-se, ainda, que nesse Estado Democrático de Direito a dignidade da pessoa humana desponta como um objetivo a ser alcançado, sendo inerente à própria condição de pessoa humana. (MAZZUTTI, 2012. P. 38).

A universalidade dos direitos humanos, acima de qualquer outro direito regional, está estampada nas normas de direito internacional, sendo, reconhecidamente, direitos supranacionais. Quanto à distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos, recorreremos à escurreita lição de Vladimir Brega Filho:

A distinção entre direitos fundamentais e direitos humanos está no fato de os direitos fundamentais estarem reconhecidos e positivos na Constituição de um Estado, enquanto a expressão direitos humanos é utilizada em documentos do direito internacional, dando a esses direitos um caráter transnacional e intertemporal. (BREGA FILHO, 2007, p.70)

A geração de empregos depende da situação econômica do País, porém, de toda forma, quanto mais qualificado for o candidato, mais chances terá de não permanecer desempregado. No que tange aos imigrantes há que se levar em conta a sua qualificação adquirida no seu País de origem e ainda a que puder ser oferecida a ele de acordo com as condições do local em que se encontra. Um dos requisitos que pode pesar muito na hora de conseguir um emprego é o fato do candidato ser habilitado para condução de veículos ou motocicletas, pois muitas profissões exigem o deslocamento do trabalhador e o carregamento de materiais e ferramentas de trabalho, além do próprio emprego de motorista, que também oferece muitas vagas.

Ainda que o emprego oferecido não seja especificamente de motorista, grande parte das empresas exige que o empregado tenha habilitação para conduzir automóvel ou motocicleta, principalmente empresas de prestação de serviços que oferecem os veículos para a locomoção de seus empregados aos locais onde será feito o serviço. Assim, a implantação de políticas públicas voltadas para a qualificação dos refugiados deve proporcionar a legalização da condição de condutor de veículos automotores como forma de possibilitar a obtenção de emprego por partes destes.

3. A CONDUÇÃO DE VEÍCULOS AUTOMOTORES NO BRASIL POR ESTRANGEIROS

As normas que estabelecem critérios para condução de veículos automotores por estrangeiros no Brasil fundamentam-se na Convenção sobre Trânsito Viário, celebrada em Viena, em 08 de novembro de 1968, aprovada pelo Decreto Legislativo nº 33, de 13 de maio de 1980, do Congresso Nacional, pelo Decreto nº 86.714, de 10 de dezembro de 1981 e regulamentadas atualmente pela Resolução nº 360, de 29 de setembro de 2010, do CONTRAN, Conselho Nacional de Trânsito. Em todos os casos, é exigido que o estrangeiro seja maior de 18 anos, que seja penalmente imputável no Brasil e que sua estada no País seja legal.

Nesse diapasão, temos três grupos: um de estrangeiros provenientes de países signatários da Convenção sobre Trânsito Viário de Viena ou de países que adotam a reciprocidade nessa matéria, um grupo de oriundos de outros países, desde que possuam habilitação válida em seus países e ainda um terceiro caso, de pessoas não habilitadas, de qualquer origem.

No primeiro caso, o condutor pode dirigir no Brasil apenas com seu documento de habilitação de origem (no prazo de validade), desde que acompanhado por documento de identificação e documento que comprove sua estada legal no Brasil, até o prazo de 180 dias contados da sua data de entrada no País, nos termos do artigo 1º da Resolução nº 360/2010, do CONTRAN. Após 180 dias, o condutor deverá submeter-se aos Exames de aptidão Física e Mental e Avaliação Psicológica, nos termos do artigo 147 do CTB, Código de Trânsito Brasileiro, sem necessidade de realizar exames teóricos ou práticos de direção para obter a CNH brasileira, na forma da Resolução nº 360, CONTRAN:

Art. 1º. O condutor de veículo automotor, oriundo de país estrangeiro e nele habilitado, desde que penalmente imputável no Brasil, poderá dirigir no Território Nacional quando amparado por convenções ou acordos internacionais, ratificados e aprovados pela República Federativa do Brasil e, igualmente, pela adoção do Princípio

da Reciprocidade, no prazo máximo de 180 (cento e oitenta) dias, respeitada a validade da habilitação de origem.

§ 1º O prazo a que se refere o caput deste artigo iniciar-se-á a partir da data de entrada no âmbito territorial brasileiro.

§ 2º O órgão máximo Executivo de Trânsito da União informará aos demais órgãos ou entidades do Sistema Nacional de Trânsito a que países se aplica o disposto neste artigo.

§ 3º O condutor de que trata o caput deste artigo deverá portar a carteira de habilitação estrangeira, dentro do prazo de validade, acompanhada do seu documento de identificação.

§ 4º O condutor estrangeiro, após o prazo de 180 (cento e oitenta) dias de estada regular no Brasil, pretendendo continuar a dirigir veículo automotor no âmbito territorial brasileiro, deverá submeter-se aos Exames de Aptidão Física e Mental e Avaliação Psicológica, nos termos do artigo 147 do CTB, respeitada a sua categoria, com vistas à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação.

§ 5º Na hipótese de mudança de categoria deverá ser obedecido o estabelecido no artigo 146 do Código de Trânsito Brasileiro.

§ 6º O disposto nos parágrafos anteriores não terá caráter de obrigatoriedade aos diplomatas ou cónsules de carreira e àqueles a eles equiparados (Resolução nº 360, CONTRAN).

Caso o condutor seja regularmente habilitado no País de origem, porém seu documento de Habilitação não seja reconhecido pelo Governo Brasileiro em virtude de seu País não ser signatário da Convenção de Viena e não ter acordo de reciprocidade, deverá substituir a sua Habilitação de origem pela Carteira Nacional de Habilitação junto ao órgão ou entidade executiva de trânsito do Estado em que se encontre, após ser aprovado nos Exames de Aptidão Física e Mental, Avaliação Psicológica e de Direção Veicular. Verifica-se aqui a obrigação do candidato realizar e ser aprovado no exame prático de direção veicular para a categoria pretendida, de acordo com o artigo 2º da Resolução 360/2010:

Art. 2º. O condutor de veículo automotor, oriundo de país estrangeiro e nele habilitado, em estada regular, desde que penalmente imputável no Brasil, detentor de habilitação não reconhecida pelo Governo brasileiro, poderá dirigir no Território Nacional mediante a troca da sua habilitação de origem pela equivalente nacional junto ao órgão ou entidade executiva de trânsito dos Estados ou do Distrito Federal e ser aprovado nos Exames de Aptidão Física e Mental, Avaliação Psicológica e de Direção Veicular, respeitada a sua categoria, com vistas à obtenção da Carteira Nacional de Habilitação. (Resolução nº 360, CONTRAN).

No terceiro caso temos a situação que pode ser a da maioria dos jovens estrangeiros que estão chegando ao Brasil na condição de refugiados, ou seja, estrangeiro não habilitado em seu País de origem, independentemente de ser signatário da Convenção de Viena ou beneficiário de reciprocidade ou não. A esses estrangeiros se aplica toda a legislação de trânsito brasileira, devendo satisfazer todas as exigências previstas na legislação como se brasileiros fossem:

Art. 4º. O estrangeiro não habilitado, com estada regular no Brasil, pretendendo habilitar-se para conduzir veículo automotor no Território Nacional, deverá satisfazer todas as exigências previstas na legislação de trânsito brasileira em vigor. (Resolução nº 360/CONTRAN).

Em todos os casos em que se faz necessária a obtenção da Carteira Nacional de Habilitação o estrangeiro deverá portar o RNE – Registro Nacional de Estrangeiro, o qual é concedido ao estrangeiro admitido na condição de temporário, permanente, asilado ou refugiado, o qual é obrigado a se registrar e a se identificar no Ministério da Justiça, com a Polícia Federal no prazo de 30 dias após sua entrada no Brasil. Além do Registro Nacional de Estrangeiro, será necessária a inscrição do estrangeiro no Cadastro de Pessoas Físicas da Receita Federal do Brasil, cujo registro atualmente é feito facilmente junto a qualquer agência da Receita Federal ou em qualquer Consulado Brasileiro.

A lista de países signatários da Convenção de Viena e dos Países que têm acordo de reciprocidade com o Brasil consta de Anexo do Decreto 86.714, de 1981. Vemos que especificamente Síria e Turquia não se enquadram como signatários da Convenção de Viena e também não têm acordo de reciprocidade com o Brasil, assim, os refugiados desses locais que já são habilitados deverão ser aprovado nos Exames de Aptidão Física e Mental, Avaliação Psicológica e de Direção Veicular para conseguir obter a permissão para dirigir veículos automotores no Brasil, enquanto os que ainda não têm habilitação deverão se submeter a todos os procedimentos para obter permissão para dirigir, como se Brasileiros fossem. Já os Haitianos habilitados no Haiti deverão apenas submeter-se aos Exames de aptidão Física e Mental e Avaliação Psicológica, para obterem a CNH brasileira, uma vez que o Haiti é signatário da Convenção de Viena e também tem acordo de reciprocidade com o Brasil.

Ressalte-se que a Resolução 360/2016 revogou diversos artigos da Resolução 168/2004, retirando a obrigatoriedade de apresentação de tradução juramentada do documento de habilitação estrangeiro, sendo que hoje basta a apresentação da habilitação acompanhada de documento de identidade, desde que estejam dentro do prazo de validade.

Embora as regras que autorizam a condução de veículos por estrangeiros no Brasil tenham como foco principal o incremento do turismo e a facilidade de locomoção de turistas no País, elas podem, e devem, se aplicar a imigrantes, seja como forma de proporcionar simples facilidade de locomoção, seja para auxiliar na obtenção de emprego e renda. Como exemplo de fomento ao turismo, o CONTRAN editou a Resolução nº-578, de 24 de fevereiro de 2016, que estende o direito de conduzir veículos no Brasil com suas habilitações de origem aos turistas de todos os Países que participarão das Olimpíadas de 2016, somando 102 Países aos que já possuem acordo com o Brasil. Essa autorização da Resolução 578/2016 terá validade do dia 1º de julho de 2016 a 31 de dezembro de 2016.

O assunto tem muita importância porque a pessoa habilitada em país não signatário da Convenção de Viena não pode conduzir veículo automotor no Brasil e se o fizer pode incorrer em crime de direção de veículo sem habilitação (art. 309, do Código de Trânsito Brasileiro).

Também seria interessante a adequação dos cursos oferecidos por organizações públicas e sociais (SENAC, SENAI, SENAT), visando especificamente imigrantes na condição de refugiados, para que não fiquem desempregados no Brasil e que se integrem de forma mais rápida à nova vida na sua nova casa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O Brasil é reconhecido como uma das maiores democracias do nosso planeta, assim, não pode ficar inerte em relação aos problemas sociais que afligem a humanidade, principalmente os problemas que são diretamente decorrentes de violações de direitos humanos, uma vez que somos signatários dos principais Tratados Internacionais de Direitos Humanos e temos uma Constituição que é referência nessa área. Some-se a isso a tradição de solidariedade e hospitalidade do povo brasileiro e sua histórica formação multicultural, afinal, somos frutos da miscigenação de vários povos, e por isso, uma nação extremamente democrática, receptiva e misericordiosa.

A atual crise de refugiados sírios - e outras crises que certamente ocorrerão em decorrência das turbulências políticas e bélicas em alguns Países - exige que o Brasil se posicione concretamente em favor de um grande contingente de pessoas que serão excluídas de seus lares e dificilmente encontrarão quem as receba, haja vista o excesso de refugiados já alojados em alguns Países que se prontificam a recebê-los.

As políticas voltadas aos imigrantes devem ser atualizadas e expandidas, oferecendo não apenas abrigo, mas também condições de estabelecimento definitivo das pessoas e possibilidade real de acesso à educação, saúde, segurança e outros direitos fundamentais, incluindo o direito ao trabalho, para a sua manutenção digna.

Neste sentido, a implantação de programas de facilitação de acesso para obtenção de Carteira Nacional de Habilitação (CNH) se mostra como um instrumento de baixo custo para a qualificação dos estrangeiros e sua melhor inserção no mercado de trabalho.

A atual legislação já permite o reconhecimento imediato das habilitações de estrangeiros e sua conversão em Carteira Nacional de Habilitação no Brasil, no entanto, há que se atualizar a legislação visando a extensão desse direito a imigrantes oriundos de outros locais, considerando a situação de cada grupo de refugiados singularmente. Neste sentido, interessante seria a adequação dos cursos oferecidos por organizações públicas e sociais (SENAC, SENAI, SENAT), visando especificamente imigrantes na condição de refugiados, para que não fiquem desempregados no Brasil e que se integrem de forma mais rápida à nova vida na sua nova casa.

REFERÊNCIAS:

BRASIL. Código de Trânsito Brasileiro: Lei nº 9.503, de 23 de setembro de 1997, Presidência da República, 1997. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9503.htm. Acesso em: 15 out. 2015.

BRASIL. Decreto nº 86.714, de 10 de dezembro de 1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1980-1989/d86714.htm Acesso em 15 mar. 2016

BRASIL. DECRETO LEGISLATIVO Nº 33, de 13 de maio de 1980. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/1980-1987/decretolegislativo-33-13-maio-1980-364527-norma-pl.html> Acesso em 15 mar. 2016

BREGA FILHO, Vladimir. Federalização das violações de direitos humanos. Revista de Informação Legislativa. a. 44 n. 175 jul./set. 2007. Brasília, 2007.

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO – CONTRAN. Resolução nº 360/2010. Disponível em:

<http://www.denatran.gov.br/download/resolucoes/resolucao_contran_360_10.pdf>

Acesso em: 20 mar. 2016

CONSELHO NACIONAL DE TRÂNSITO – CONTRAN. Resolução nº 578/2016. Disponível em:

<<http://www.denatran.gov.br/download/Resolucoes/Resolucao5782016.pdf>> Acesso em: 20 mar. 2016

COSTA, Ilton Garcia da et al; O acesso do idoso ao mercado de trabalho: uma análise da eficácia horizontal dos direitos fundamentais sociais. Conpedi, 2015. Disponível em:

<http://www.conpedi.org.br/publicacoes/c178h0tg/84k8hu2h/grv61507Qs7EtPjA.pdf>

Acesso em 20 mar. 2016.

COSTA, Ilton Garcia; MIGUEL, José Antonio; Política deliberativa e democracia participativa na negociação coletiva de trabalho: uma análise para a valorização do trabalho humano. REVISTA DO DIREITO PÚBLICO, Londrina, v.9, n.2, p.203-222, mai./ago.2014.

COSTA, Ilton Garcia da; CACHICHI, Rogerio Cangussu Dantas; CACHICHI, Zilda Cangussu Dantas. “Amor e misericórdia: a flor e o fruto”. In: SANTOS, Iveraldo e POZZOLI, Lafayette (orgs.). Fraternidade e Misericórdia: um olhar a partir da justiça e do amor. São Paulo: Cultor de Livros, 2016.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS. Disponível em: <<http://www.dudh.org.br/wp-content/uploads/2014/12/dudh.pdf>> Acesso em 15 mar. 2016.

FREYRE, Gilberto. Casa-grande & senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal. 48. ed., São Paulo: Global, 2003.

IHERING, Rudolf Von. O Universo do Direito. Belo Horizonte: Líder. 2004.

MAZZUTTI, Vanessa de Biassio. Vitimologia e Direitos Humanos: O Processo Penal sob a perspectiva da vítima. Curitiba: Juruá, 2012.

OIT. Convenção nº 97 da OIT sobre trabalhadores Migrantes, Organização Internacional do Trabalho, 1949. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/OIT-Organiza%C3%A7%C3%A3o-Internacional-do-Trabalho/convencao-no-97-da-oit-trabalhadores-migrantes-revista-em-1949.html>. Acesso em: 09 nov. 2015.

PASCHOAL, Gustavo Henrique. Trabalho como Direito Fundamental e a Condição de Refugiado no Brasil. Curitiba: Juruá, 2012.

POZZOLI, Lafayette. “Humanismo = dignidade da pessoa humana”. Revista Em Tempo. Marília/SP: UNIVEM, v. 4, ago. 2002, pp. 78-82. In: <http://revista.univem.edu.br/index.php/emtempo/article/view/126>. Acesso em 19 jul. 2016.

SANTIN, Valter Foletto. Migração e Discriminação de trabalhador. Argumenta: Revista do Programa de Mestrado em Ciências Jurídicas, da Universidade Estadual do Norte do Paraná. v. 7, p. 74-87. UENP: Jacarezinho, 2007.

Capítulo XII

16 ANOS DA CARTA DE BOLONHA E OS MECANISMOS JURÍDICOS BRASILEIROS DE ESTÍMULO À MICROEMPRESA

16 AÑOS DE LA CARTA DE BOLOÑA Y LOS MECANISMOS LEGALES PARA FOMENTAR LA MICROEMPRESA BRASILEÑA

RESUMO: No ano de 2000 foi assinada a Carta de Bolonha, em cujo documento há expressa recomendação para os Estados no sentido de adotar medidas para fomentar os pequenos negócios. Desta forma, este trabalho objetiva demonstrar os mecanismos legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro com intuito de promover o estímulo aos pequenos negócios, com apontamento dos instrumentos legais que buscam criar um tratamento diferenciado aos pequenos empreendimentos com vistas a sua expansão. A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado. Visando tal propósito, o trabalho se inicia procedendo a um prospecto sobre o papel da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para, em seguida, tratar do contexto e conteúdo da Carta de Bolonha, assinada no ano de 2002, em cujo bojo há manifesto reconhecimento da relevância das microempresas para alavancagem na economia das nações. Em seguida, o trabalho apresenta breve digressão sobre as normas brasileiras que foram criadas ao longo dos anos, com objetivo de dar tratamento diferenciado aos pequenos negócios, aproveitando para apresentar a conceituação da microempresa à luz da legislação e outros órgãos que a definem para fins de concessão de incentivos. Após o delineamento de mencionado aspecto, o trabalho aborda os principais mecanismos legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que acenam para um tratamento específico para as microempresas com vistas a sua expansão.

Palavras-chave: microempresa; Carta de Bolonha; mecanismos jurídicos de estímulo.

RESUMEN: En 2000 se firmó la Carta de Bolonia, documento que hace recomendación expresa a los Estados a adoptar medidas para alentar a las pequeñas empresas. Por lo tanto, este trabajo tiene como objetivo demostrar los mecanismos legales previstos en el ordenamiento jurídico brasileño con el objetivo de promover la estimulación de las pequeñas empresas, señalando los instrumentos jurídicos que buscan crear un tratamiento diferenciado a las pequeñas empresas, con miras a su expansión. La investigación se llevó a cabo de una manera exploratoria con análisis bibliográfico de recopilación de datos en materia científica y la información al día sobre el tema. Con este fin, la obra comienza hablando sobre el papel de la OCDE (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico) para luego tratar del contexto y el contenido de

la Carta de Bolonia, firmada en 2002, en que existe reconocimiento manifiesto de la relevancia de las microempresas para aprovechar la economía de las naciones. A continuación, el artículo presenta breve digresión sobre las normas brasileñas que se han creado en los últimos años, con el fin de dar un trato especial a las pequeñas empresas, teniendo la oportunidad de introducir el concepto de microempresa a la luz de la legislación y de otros órganos que definen a los efectos de incentivos. Después de que el aspecto mencionado, la obra aborda los principales mecanismos legales existentes en el ordenamiento jurídico brasileño agitando para un tratamiento específico para las microempresas, con miras a su expansión.

Palabras-claves: Micro empresa; Carta de Bolonia; mecanismos legales de estímulo.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas deflagraram-se diversas discussões envolvendo a relevância das pequenas e médias empresas e a sua relação com o desenvolvimento econômico e social.

Em consequência disso, no ano de 2000 foi assinada a Carta de Bolonha, em cujo documento há expressa recomendação para os Estados no sentido de adotar diversas medidas para fomentar os pequenos negócios, como, por exemplo, eliminar encargos, criar transparência e mecanismos de acesso à concorrência, criação de regime fiscal estável e não discriminatório, adoção de políticas que incentivem a cultura empreendedora, bem como promover efetivo acesso a serviços financeiros.

Surgem, em decorrência dessa recomendação, normas com escopo de promover um tratamento diferenciado a este segmento empresarial com fins a estimular seu desenvolvimento e permanência no mercado.

Nesta esteira, este trabalho objetiva demonstrar os mecanismos legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro com intuito de promover o estímulo aos pequenos negócios, com apontamento dos instrumentos legais que buscam criar um tratamento diferenciado aos pequenos empreendimentos com vistas a sua expansão.

A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

Visando tal propósito, o trabalho se inicia fazendo um prospecto sobre o papel da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico) para, em seguida, tratar do contexto e conteúdo da Carta de Bolonha, assinada no ano de 2002, em cujo bojo há manifesto reconhecimento da relevância das microempresas na alavancagem na economia das nações.

Em seguida, o trabalho apresenta breve digressão sobre as normas brasileiras que foram criadas ao longo dos anos visando dar tratamento diferenciado aos pequenos negócios, destacando desde a Constituição Federal de 1988, já havia capítulo específico que alçava o tratamento diferenciado à microempresa como princípio da ordem Econômica Constitucional. Também neste tópico, abordar-se-á a definição da microempresa, pelo que se identificará existir vários critérios para identificação da microempresa, sendo o do faturamento o mais aceito nos dias atuais.

Após o delineamento de mencionado aspecto, o trabalho aborda o ponto nodal; qual seja, os principais mecanismos legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro

que acenam para um tratamento específico para as microempresas com vistas a seu desenvolvimento, pelo que se verificará existir um marco legal específico que impõe um tratamento jurídico benéfico para os micro empreendimentos.

1. A CARTA DE BOLONHA E RECOMENDAÇÃO DE POLÍTICAS DE FOMENTO PARA MICREMPRESA

Há dezesseis anos, especificamente entre os dias 13 a 15 de junho de 2000, foi realizada na cidade de Bolonha, Itália, a Primeira Conferência Ministerial da OCDE (Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico), que ensejou a assinatura da Carta de Bolonha (The Bologna Charter on SME Policies).

Neste documento, ficou expresso o reconhecimento da relevância dos pequenos negócios para o desenvolvimento das nações, pelo que foram pactuadas ações a serem praticadas pelos acordantes para promoção e fomento das atividades relativas às micro, pequenas e médias empresas, doravante denominadas apenas como microempresas.

Antes de tratar do conteúdo vertido na Carta de Bolonha, oportuno registrar prévias notas acerca da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

Destarte, do inglês The Organisation for Economic Cooperation and Development (OECD), é um organismo de cooperação em nível internacional que tem por missão promover políticas de auxílio a países ao redor do mundo com o fito de melhorar a economia mundial e o bem estar social das populações. (THE ORGANISATION..., 2015)

A OCDE, que trabalha com países democráticos de economia livre, atua em diversas áreas fundamentais, de influência direta ao desenvolvimento econômico e social, como por exemplo, realizando análise do quanto as pessoas pagam de impostos e de seguridade social. Em seu desiderato, auxilia os governos a entenderem e desenvolverem mecanismos de auxílios aos países quanto às mudanças para ajustes econômicos. (THE ORGANISATION..., 2015)

Tem origem na Organização Europeia de Cooperação Econômica (OECE) – Organisation for European Economic Cooperation (OEEC) – criada em 16 de abril de 1948 para executar o Plano Marshall que objetivou a reconstrução da Europa devastada pela segunda grande guerra. (ORGANISATION..., 201-?)

Diante do sucesso da OECE, os Estados Unidos e o Canadá, em 1960 se juntaram àquela, de forma que assinaram a Convenção da OCDE de 14 de dezembro de 1960, cuja vigência se deu no ano seguinte. (THE ORGANISATION..., 2015)

Após a adesão de vários outros países, hoje a OCDE hoje conta com os seguintes 34 membros: Alemanha; Austrália; Áustria; Bélgica; Canadá; Chile; Coreia do Sul; Dinamarca; Eslováquia; Eslovênia; Espanha; Estados Unidos; Estônia; Finlândia; França; Grécia; Hungria; Irlanda; Islândia; Israel; Itália; Japão; Luxemburgo; México; Noruega; Nova Zelândia; Países Baixos; Polônia; Portugal; Reino Unido; República Tcheca; Suécia; Suíça; e Turquia. (OCDE, 2015)

Esclarece-se que o Brasil não é um membro propriamente dito. Trata-se, outrossim, atualmente, de um parceiro, chamado formalmente de key-partner:

O Brasil não é membro da OCDE, mas é considerado como keypartner (parceiro-chave), situação que lhe permite participar de Comitês da Organização e de inúmeras áreas de trabalho. O país tem integrado as atividades patrocinadas pela Organização e por seus órgãos técnicos, sobretudo seminários e reuniões de grupos de trabalho, com a presença de peritos brasileiros de áreas especializadas. (OCDE, 2015)

As relações entre o Brasil e a OCDE se estreitaram com o passar do tempo. Isso porque a aproximação inicial se deu no ano de 1999, em que a organização internacional tomou a decisão de criar para o Brasil um programa específico. Após, em 2000, o maior estreitamento se deu pelo fato de o governo brasileiro assinar a Convenção de Combate à Corrupção de Autoridades Estrangeiras. Ainda, em 2007 a OCDE tornou possível a adesão do Brasil por meio de um programa chamado *enhanced engagement*, que motivou, posteriormente, em 2012, a sua transformação em um *keypartner* como o é hoje. (OCDE, 2015)

Há um pouco mais de um ano, em 03 de junho de 2015, o Brasil assinou novo acordo de cooperação com a OCDE a fim de aumentar a participação do país nos comitês da organização, a possibilitar, ainda, o acordo, a abertura de um procedimento para futuro ingresso brasileiro no respeitável organismo internacional. (BRASIL..., 2015)

Feitas as considerações sobre a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico, aborda-se o conteúdo exposto na Carta de Bolonha, documento assinado em uma das reuniões da OCDE, cujo conteúdo faz apontamentos específicos para os pequenos empreendimentos.

Dessarte, nesta carta ficou expressa a menção da relevância deste seguimento empresarial para o crescimento econômico de uma determinada comunidade: “reconhece-se a crescente importância das Microempresas para o crescimento econômico, criação de empregos, desenvolvimento regional e local, e coesão social, também por meio do papel desempenhado pelas mulheres e jovens empreendedores”. (THE BOLOGNA..., 2000)

Constou neste documento que os Estados deveriam adotar diversas medidas para fomentar os pequenos negócios, como eliminar encargos, criar transparência nas políticas de concorrência, implementação de efetivas medidas anticorrupção, propor regime fiscal estável e não discriminatório, adoção de políticas que incentivem a cultura empreendedora, bem como promover efetivo acesso a serviços financeiros com mecanismos. (THE BOLOGNA..., 2000)

A Bologna Charter, também especificou a importância de outros pontos; quais sejam, a relevância da inovação para que as MPME sejam competitivas, criação de redes de produção de empresas fortemente interligadas – conceito este das denominadas *clusters* –, bem como o *networking* para estimular a competitividade. (THE BOLOGNA..., 2000)

Ao final, todos os países acordantes assumiram compromissos quanto às ações futuras a fim de “melhorar a complementaridade das iniciativas bilaterais e multilaterais para promover parcerias globais das Microempresas e aumentar a disponibilidade de instrumentos financeiros e não financeiros para promover o desenvolvimento das MPME” (THE BOLOGNA..., 2000), como também para verificar a eficácia das políticas adotadas quanto às Microempresas por meio da análise de estatísticas e dados. Finalizando o documento, acordaram sobre a relevância de se prosseguir dialogando a respeito das Microempresas, inclusive sobre a realização de uma segunda Conferência para discussão de tais empresas, na qual pudessem avaliar os resultados do desenvolvimento desse segmento empresarial. (THE BOLOGNA..., 2000)

Em síntese, pode-se afirmar que a Carta de Bolonha é um importante documento que tem norteado as políticas em favor das micro, pequenas e médias empresas, visando a desburocratização da economia, o maior acesso a financiamentos para tais empreendimentos, bem como a facilitação do início de tais atividades, o fomento ao

acesso e desenvolvimento de novas tecnologias e, por fim, o entabulamento de preceituações sobre o meio ambiente.

Para a efetivação dos eixos norteadores, recomendações e princípios afixados na Carta de Bolonha, a OCDE criou o “processo de Bolonha”, que constitui basicamente um acervo de medidas para a concreta realização das questões que foram pactuadas na Primeira Conferência Ministerial da OCDE.

Ademais, informa-se que já foi realizada uma Segunda Conferência Ministerial da OCDE sobre as Microempresas, denominada Towards a More Responsible and Inclusive Globalisation. Co-organizada pelas autoridades turcas, o encontro ocorreu em Istambul, nos dias 4-5 de junho 2004, contando com a participação de mais de 70 países não membros da OCDE. O Brasil também participou desta Conferência.

2. BREVE ESBOÇO SOBRE AS MICROEMPRESAS NO BRASIL

Atento ao panorama internacional de promoção das pequenas empresas, no ano de 2006 foi publicada a Lei Complementar nº. 123 que apresentou um regime jurídico diferenciado para estas empresas, criando, inclusive, um regime único de arrecadação de impostos e contribuições no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e Municípios.

Com a publicação da norma, objetivou não somente o aprimoramento da forma de arrecadação estatal, como também a diminuição da onerosidade referente às obrigações trabalhistas e previdenciárias. Do mesmo modo, trouxe previsões que facilitaram o registro e regulamentação de sua atividade frente à lei civil e tributária, como, por exemplo, abertura e encerramento das atividades empreendidas pelas microempresas sem a necessidade de apresentação de comprovantes de regularidade fiscal.

Atento ao conteúdo dessa norma, outras também incorporaram regras que proporcionaram tratamento jurídico e diferenciado ao segmento empresarial aqui estudado. Exemplo disso reside na Lei de Falência e recuperação de empresas (Lei n. 11.101 de 09 de fevereiro de 2005), a qual instituiu um plano especial de recuperação judicial da microempresa, e nas normas editadas pela Comissão de Valores Mobiliários, objeto deste trabalho.

O artigo 3º da Lei Geral das Micro e Pequena Empresas dispõe que considera-se microempresa a sociedade empresária, a sociedade simples ou o empresário individual que tenha auferido, no ano-calendário, receita bruta igual ou inferior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e empresa de pequeno porte a sociedade empresária, a sociedade simples ou o empresário individual que tenha auferido receita bruta superior a R\$ 360.000,00 (trezentos e sessenta mil reais) e igual ou inferior a R\$ 3.600.000,00 (três milhões e seiscentos mil reais).

Embora seja esse critério o mais aceito para fins de conceituação de microempresa, existem no Brasil pelo menos três critérios para classificação das empresas, adotados por instituições oficiais e/ou bancos de investimento e fomento:

O primeiro refere-se ao número de empregados. É o desenvolvido pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) e pelo Serviço Brasileiro de Apoio às Micro e Pequenas Empresas (SEBRAE), empregado de acordo com a quantidade de pessoas que trabalham nessas empresas. Assim, é considerada microempresa aquela que emprega até nove pessoas no ramo de atividade de comércio e serviços e até dezenove pessoas na indústria.

O segundo é dado conforme a receita operacional bruta anual: é utilizado pelas Instituições de apoio creditício como o BNDS Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social -, sendo assim considerada microempresa a que tiver receita bruta anual de até R\$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais).

Já o terceiro é dado pelo faturamento bruto anual: é o que fixa como parâmetro o volume monetário ou econômico da empresa. Esta classificação é utilizada pelas leis federais e estaduais para fins de tributação, considerando os limites de faturamento e seu enquadramento como micro e pequena empresa. É, inclusive, o critério aplicado pela Complementar 123/2003.

Como visto, existem diversos parâmetros para definir e classificar microempresas, os quais são desenvolvimentos para enquadramento com o intuito de usufruir dos benefícios da lei; todavia, o critério mais utilizado é aquele já mencionado, com base no faturamento.

Por fim, Grazziotin (2004, p. 24) explica que a pequena empresa é aquela cujo proprietário empenha direta e decisivamente a sua força de trabalho com reduzido quadro de pessoal. Possui pouco capital e baixa renda bruta com relação ao setor onde opera, e não faz parte de grupo econômico.

Embora a Lei Complementar 123/2006 represente hoje o marco legal para as microempresas, desde a década de 80, período em que ficou assentada a importância da pequena empresa para o desenvolvimento nacional, várias normas foram instituídas com o condão de se fomentar este segmento empresarial.

Neste sentido, em abril de 1980, foi editado o Decreto- Lei nº1.780, concedendo isenção de imposto sobre a renda em relação às empresas de pequeno porte, com dispensa da efetivação de obrigações acessórias.

Em 1981, foi criada a Lei nº. 6.939 estabelecendo o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio para as firmas individuais e sociedades mercantis que preenchessem determinados requisitos, como por exemplo, serem constituídas sob a forma de sociedade limitada, determinado número de trabalhadores, dentre outros.

Já em 1984, a Lei 7.256, regulamentada pelo Decreto 90.880 de 1985, estabeleceu a primeira definição legal sobre a microempresa, desenvolvendo neste momento o imperativo conhecido segundo o qual a microempresa deve ter um tratamento privilegiado.

Com intuito de consolidar os objetivos da lei em menção, foi criada a Lei Complementar Nº. 48/84, isentando as microempresas do recolhimento de ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias) e de ISS (Imposto sobre Serviços), isenção essa ampliada pouco depois pela lei 7.519 de 14 de julho de 1986.

Anota-se que, embora tais leis tivessem como objetivo a promoção de tratamento diferenciado para as microempresas, este desejo somente começou a ser encampado quando da promulgação da Constituição Federal de 1988, que incluiu o tratamento favorecido para microempresa no capítulo sobre a Ordem Econômica.

Em 1996, foi criado, pela Lei nº 9.317, o regime denominado SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), que aprimorou o sistema de pagamentos de impostos a fim de, reduzindo a carga tributária, incentivar o surgimento dos pequenos empreendimentos. Tal norma foi substituída, por fim, pela mencionada Lei Complementar nº. 123.

É necessário, antes de por termo a este ponto, mencionar que as microempresas não tiveram apenas suporte legal para o fomento de suas atividades, já que, desde 1990 foi criado o SEBRAE (Serviço Brasileiro de Apoio à Micro e Pequenas Empresas) como uma instituição técnica de apoio e desenvolvimento da atividade empresarial de pequeno

porte, voltado para a difusão de programas e projetos de promoção e fortalecimento das micro e pequenas empresas.

3. REGIME JURÍDICO INFRACONSTITUCIONAL DE PRESERVAÇÃO DA MICROEMPRESA BRASILEIRA

Neste tópico, abordar-se-á os principais mecanismos jurídicos introduzidos no ordenamento brasileiro, cujos preceitos buscam estabelecer os benefícios ao segmento das microempresas, conforme recomendado na Carta de Bolonha.

- Simplificação das obrigações administrativas e tributárias: conforme visto, a Lei Complementar n. 123 de 2006 constitui o marco legal brasileiro para consolidação das normas que visam um tratamento diferenciado com vistas ao fomento aos pequenos negócios. Salienta-se que não trata apenas de matéria tributária, senão também de regras com conteúdos de natureza jurídica diversas: civil, comercial, trabalhista, administrativa, processual.

No aspecto administrativo, a norma em menção trouxe significativas alterações com vista à desburocratização decorrente da facilitação da abertura, racionalização das exigências de documentos e comprovantes para empreendedores, dos quais serão destacados alguns pontos.

Em vez de vários números de identificação (inscrição estadual, municipal, CNPJ, dentre outros) a microempresa deve possuir somente um número baseado no Cadastro Nacional de Pessoa Jurídica.

A abertura de empresa dar-se-á mediante registro simplificado dos seus atos constitutivos, dispensando à microempresa e empresa de pequeno porte de inscrição em qualquer outro cadastro. O registro dos atos constitutivos, de suas alterações e extinções, ocorrerá independentemente da regularidade das obrigações tributárias, previdenciárias ou trabalhistas, principais ou acessórias, do empresário, dos sócios, dos administradores por tais obrigações, apuradas antes ou após o ato de extinção.

As empresas optantes pelo SIMPLES NACIONAL opcionalmente para "efeitos fiscais" podem proceder à escrituração apenas do livro caixa, mas tal opção produz efeitos unicamente para fins de imposto de renda, não se estendendo à legislação comercial e previdenciária.

Em seu art. 51 a Lei Complementar trouxe significativas simplificações das relações de trabalho para as microempresas e as empresas de pequeno porte, que ficaram dispensadas de diversos deveres acessórios, tais como: - afixação de quadro de horário de trabalho dos empregados, exceto do menor; - anotações das férias dos empregados em livros ou ficha de registro no momento da concessão; no entanto, por ocasião da rescisão do contrato de trabalho, a anotação deve ser feita; - manutenção do livro de inspeção do trabalho; e - empregar e matricular menores de 18 anos (aprendizes) nos cursos especializados mantidos pelo SENAI.

Quanto ao aspecto tributário, o artigo 12 da Lei Complementar instituiu o regime especial unificado de arrecadação de tributos e contribuições devidos pelas Microempresas e empresas de Pequeno Porte, chamado de Simples Nacional.

O SIMPLES NACIONAL compreende a arrecadação de 08 (oito) impostos de forma unificada com aplicação de uma tabela progressiva, mediante documento único de arrecadação de impostos e contribuições. Inclui seis tributos federais (Imposto de Renda de Pessoa Jurídica- IRPJ, Imposto sobre a industrialização – IPI, Contribuição Social

sobre o Lucro Líquido- CSLL, Contribuição para o financiamento da seguridade social-Cofins, Programa de Integração Social - PIS, INSS sobre a folha); um tributo estadual, o imposto sobre circulação de mercadorias e prestações de serviços – ICMS; e um do âmbito do Município, o imposto sobre serviços de competência municipal-ISS.

- Projetos e programas destinados à facilitação do acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas: o acesso ao crédito sempre foi a preocupação de todos aqueles que empenharam esforços para consecução do desenvolvimento de micro e pequenas empresas. Tão grande é a dificuldade neste ramo, que houve, conforme já mencionado em linhas pretéritas um apontamento expresso na Carta de Bolonha.

Foi assim que estabeleceu-se na Lei Complementar 123 de 2006, a criação e disponibilização, pelos bancos públicos federais e a Caixa, de linhas de crédito às Micro e Pequenas Empresas. Com os mecanismos oficiais de prestação de garantias – Fundo de Garantia para a Promoção da Competitividade (FGPC), Fundo de Aval para Geração de Emprego e Renda (FUNPROGER) e Fundo de Aval às Micro e Pequenas Empresas (FAMPE), do Sebrae, pretende-se maior acesso ao crédito daqueles pequenos empresários que dependem de financiamentos para a expansão de seus negócios. Além disso, a Lei Complementar, no artigo 59, faz menção para que os bancos oficiais façam articulações com as entidades de apoio às microempresas para que promovam programas de treinamento e desenvolvimento gerencial, além de capacitação tecnológica com intuito de ajudar o empresário a ter melhores condições competitivas (CARVALHO e BARCELOS, 2002).

- Acesso aos mercados pelas microempresas: a Lei Complementar 123/2006 prescreve, quando em curso de um processo de licitação, mecanismos que lhes contemplem um tratamento favorecido. Assim é que há previsão de que nas licitações será assegurada preferência de contratação para as microempresas e empresas de pequeno porte, nas ocasiões em que ocorra empate entre propostas.

Justen Filho (2007, p. 145), ao analisar a licitação sob o prisma da Lei Geral da Microempresa, observa que esta com todos os benefícios que lhes são conferidos, acaba por adquirir vantagem competitiva em face dos demais licitantes, eis que os seus custos tributários passam a ser muito menores. Logo, a proposta formulada pela pequena empresa poderá apresentar valor mais reduzido, possibilitando êxito na licitação: circunstância outrora impossível.

- Apoio à inovação: o apoio à inovação veio esposado no artigo 65 da Lei Complementar 123 de 2006:

Art. 65. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, e as respectivas agências de fomento, as ICT, os núcleos de inovação tecnológica e as instituições de apoio manterão programas específicos para as microempresas e para as empresas de pequeno porte, inclusive quando estas revestirem a forma de incubadoras, observando-se o seguinte.

I - as condições de acesso serão diferenciadas, favorecidas e simplificadas;

II - o montante disponível e suas condições de acesso deverão ser expressos nos respectivos orçamentos e amplamente divulgados.

Da mesma forma que as entidades de apoio, os órgãos e entidades integrantes da administração pública federal atuantes em pesquisa, desenvolvimento ou capacitação tecnológica terão por meta efetivar suas aplicações, no percentual mínimo de 20 (vinte por cento) dos recursos em programas e projetos de apoio às microempresas ou às

empresas de pequeno porte, transmitindo ao Ministério da Ciência e Tecnologia, no primeiro trimestre de cada ano, informações relativa aos valores alocados e a respectiva relação percentual em relação ao total dos recursos destinados para esse fim (BOMFIM, 2007, p. 53).

Por outro lado, as instituições de apoio deverão atuar tendo por meta a aplicação de, no mínimo, 20% (vinte por cento) dos recursos destinados à inovação para desenvolvimento das atividades nas microempresas.

Sendo esses os principais mecanismos legais de promoção e valorização das microempresas, convém, por fim lembrar a Lei Complementar 123/2006 não se restringiu ao estabelecimento de benefícios e condições especiais para as microempresas, como também optou pela criação de órgãos que fossem responsáveis pela perpetuação e estímulo destas atividades.

Bonfim (2007) assinala os órgãos gestores:

a) Comitê Gestor do Simples Nacional, vinculado ao Ministério da Fazenda, composto por quatro representantes da Secretaria da Receita Federal do Brasil (como representantes da União), dois dos Estados e do Distrito Federal (indicados pelo CONFAZ), e dois dos Municípios (um indicado pelo representante das capitais e um pelo representante dos demais municípios brasileiros). Tem por finalidade gerir e normatizar os aspectos tributários do Estatuto Nacional da Microempresa e Empresa de Pequeno Porte, nos termos do art. 2º da Lei Complementar nº 123/ 2006. Dentre as atribuições do Comitê Gestor do Simples Nacional no tocante aos aspectos tributários este órgão tem a prerrogativa de definir a forma como os Poderes no âmbito de suas respectivas competências poderão fixar o recolhimento de ICMS e ISS devido quando ultrapassar valor da receita bruta ano-calendário, conforme o artigo 3, inciso IV além de instituir o documento único de arrecadação, bem como regulamentar o prazo para o recolhimento dos tributos devidos ao SIMPLES, artigo 3º, inciso XI do Decreto 6038/07

b) Fórum Permanente das Micro e Pequenas Empresas: presidido pelo Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior, constitui-se de um espaço de debates e de conjugação de esforços entre o governo e o setor privado, para elaboração de propostas e ações de políticas públicas orientadas ao desenvolvimento das microempresas. Objetiva divulgar e promover o fortalecimento do segmento. Suas discussões desenvolvem-se em torno do tratamento jurídico diferenciado, simplificado e favorecido exarados nos artigos 170 e 179 da Constituição Federal. Seu trabalho, como visto, aborda os aspectos não-tributários (BOMFIM, 2007).

Ressalta-se que estes órgãos representam um avanço já que seu primado busca a participação dos membros da sociedade nos processos decisórios que envolvem as microempresas.

CONCLUSÃO

A par de todo o exposto, conclui-se pela relevância da tutela dos pequenos negócios, que ainda nos final do século XX passou a ser delineada no ordenamento jurídico brasileiro por meio dos mecanismos expostos, quais sejam, o Decreto-Lei nº 1.780 de 1980, que concedeu a isenção de imposto sobre a renda em relação às empresas de pequeno porte; a Lei nº. 6.939 de 1981, que estabeleceu o regime sumário de registro e arquivamento no Registro do Comércio para as firmas individuais e sociedades mercantis com determinadas características; a Lei 7.256 de 1984, regulamentada pelo Decreto 90.880 de 1985, que estabeleceu a primeira definição legal sobre a microempresa; a Lei Complementar Nº. 48 de 1984, que isentou as microempresas do

recolhimento de ICM (Imposto sobre Circulação de Mercadorias) e de ISS (Imposto sobre Serviços), isenção essa ampliada pela Lei 7.519 de 14 de julho de 1986; a Lei nº 9.317, que instituiu o regime denominado SIMPLES (Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições das Microempresas e Empresas de Pequeno Porte), de modo a aprimorar o sistema de pagamentos de impostos, reduzindo-os, inclusive.

Frisa-se, nessa toada, que a assinatura pelo governo brasileiro da Carta de Bolonha, em junho de 2000, trata-se de importante marco que conferiu maior força aos mecanismos jurídicos preexistentes que atribuem status diferenciado às micro e pequenas empresas, dado o caráter extremamente relevante de tais empresas, sob perspectivas sociais e econômicas, porquanto se tratam de empreendimentos que faticamente (o que se sabe por meio de inúmeras pesquisas, podendo ser considerado algo notório) são substancialmente responsáveis pela criação de empregos.

Note-se, portanto, que o Estado brasileiro prosseguiu praticando políticas a fim de fomentar o surgimento de pequenos negócios, sendo de intensa relevância, após a assinatura da Bologna Charter, a edição da Lei Complementar 123/2006, haja vista seu conteúdo ser explicitamente favorável aos micro e pequenos empreendedores, eis que simplificou as obrigações administrativas e tributárias, instituiu projetos e programas destinados à facilitação do acesso ao crédito pelas micro e pequenas empresas, facilitou o acesso aos mercados pelas microempresas, e ainda previu apoio à inovação.

Logo, é indubitável que a pactuação da Carta de Bolonha, por meio de seus princípios norteadores, vai ao encontro do passado jurídico brasileiro no que tange à compreensão da especial condição daqueles que empreendem na área de pequenos negócios, bem como que a referida Carta exerceu influência ao sistema normativo pátrio, sendo evidente a projeção de seus eixos norteadores no conteúdo da Lei Complementar 123/2006.

REFERÊNCIAS

BOMFIM, Ana Paula Rocha. Comentários ao Estatuto das Microempresas de Pequeno Porte. Rio de Janeiro. 2007.

Brasil assina acordo de cooperação com a OCDE. Disponível em: <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2015/06/brasil-assina-acordo-de-cooperacao-com-ocde.html>>. Acesso em: 25 jun. 2015

CARVALHO, A. G.; BARCELOS, L. C. Determinantes do acesso ao crédito empresarial no Brasil. In: ENCONTRO BRASILEIRO DE ECONOMETRIA, 24, Nova Friburgo. Anais... Nova Friburgo, 2002. v. 1.

GRAZZIOTIN, Marcelo Rugeri. Tratamento jurídico diferenciado à pequena empresa no processo do trabalho. São Paulo: LTR, 2004.

JUSTEN FILHO, Marçal. O Estatuto da microempresa e as licitações públicas. 2. ed. São Paulo: Dialética, 2007.

OCDE. Disponível em: <<http://www.sain.fazenda.gov.br/sobre-a-sain-1/ocde>>. Acesso em: 25 jun. 2015.

Organisation for European Economic Co-operation. Disponível em <<http://www.oecd.org/general/organisationforeuropeaneconomicco-operation.htm>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

Processo de Bolonha. Disponível em: <<http://www.insme.org/pt/processo-de-bolonha-ocde>>. Acesso em: 26 jun. 2015.

The Bologna Charter on SME Policies. <<http://www.oecd.org/cfe/smes/thebolognacharteronsmepolicies.htm>>. Acesso em 25 jun. 2015.

The Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). Disponível em: <<http://www.oecd.org/about/>>. Acesso em: 24 jun. 2015.

CAPÍTULO XIII

DIREITO À EDUCAÇÃO INCLUSIVA DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA – UM NOVO OLHAR SOBRE A DIVERSIDADE HUMANA

RIGHT TO INCLUSIVE EDUCATION OF PEOPLE WITH DISABILITIES – A NEW LOOK AT HUMAN DIVERSITY

Danielle Regina Bartelli Vicentini ⁴

Maria Aparecida Gagliardi ⁵

Ilton Garcia da Costa ⁶

RESUMO: Ao longo dos anos, a legislação brasileira avançou e a inclusão de pessoas com deficiência na rede regular de ensino é um direito inquestionável, não havendo mais espaço para a discussão da aceitação, ou não, destes. Contudo a presença de dispositivos legislativos para o instituto da educação inclusiva com qualidade não parece suficiente, restando necessária uma maior atuação estatal. A inclusão de alunos com deficiência na rede regular de ensino surge num cenário de constantes movimentos sociais em busca da erradicação das diferenças, muitas vezes inundado de ideias distorcidas, provocando discussões e dividindo opiniões. Neste contexto, faz-se necessário analisar os paradigmas conceituais e princípios que vêm sendo progressivamente defendidos em documentos nacionais e internacionais, bem como se a aplicação prática dos mesmos vem ocorrendo, a fim de tornar realidade a referida inclusão. A metodologia utilizada na elaboração do presente artigo foi a interpretativa indutiva com base em bibliografia variada.

PALAVRAS CHAVES: educação inclusiva, ensino regular, pessoa com deficiência, educação, direito fundamental.

⁴ Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Membro do GPCERTOS – Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais da UENP. Graduada em Letras pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho (PUC/PR). Professora dos Cursos de Graduação em Direito e de Pós-Graduação (FACNOPAR). Advogada (OAB/PR).

⁵ Coordenadora do curso de direito e Diretora de Pós Graduação e Pesquisa da FACULDADE DO NORTE NOVO DE APUCARANA. Professora da FACULDADE DO NORTE NOVO DE APUCARANA-FACNOPAR. Possui graduação em Ciências Jurídicas pela Universidade do Oeste Paulista e mestrado em Teoria do Estado pela Fundação de Ensino Eurípedes Soares da Rocha.

⁶ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e da Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP (2013 a 2015), Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP (2013 a 2015), membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Direito e Liberdades Religiosas da OAB SP(2016 a 2018), Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC - INEP. Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado. Email : iltongarcia@uenp.edu.br e iltongarcia@gmail.com.

ABSTRACT: Over the years, the Brazilian legislation has improved and the inclusion of people with disabilities in regular schools is an unquestionable right, with no more room for discussions regarding their acceptance or not. However, the presence of the relevant means for the inclusive education does not seem enough and an effective state action is required. The inclusion of special students in the regular education rises in a scenario of constant social movements that seek the eradication of differences, many times filled with distorted ideas, leading to discussions and divided opinions. In this context, the present article intends to provoke an analysis about the conceptual paradigms and principles that are increasingly advocated in national and international documents, as well as analyze if their practical application is occurring, in order to make reality such educational inclusion. The method used in this work was inductive followed by an updated literature.

KEYWORDS: inclusive education, regular education, disabled person, education, fundamental right.

INTRODUÇÃO

O direito à educação, como direito humano fundamental de segunda geração, é preciso ser pensado e buscado além da garantia de acesso aos bancos escolares, pois a educação é a responsável pela evolução pessoal do indivíduo, bem como em fornecer os elementos para a construção de uma sociedade mais justa e igualitária.

Para falar sobre inclusão escolar é preciso repensar o sentido que se está atribuindo à educação, além de atualizar nossas concepções e rever o processo de construção de todo o indivíduo, compreendendo a complexidade e amplitude que envolve essa temática.

O acesso e a permanência na escola regular são direitos indisponíveis de todos os cidadãos brasileiros com deficiência, transtorno global do desenvolvimento e altas habilidades/superdotação. Entretanto, poucas são as escolas públicas que se encontram preparadas para atender a demanda. Faltam rampas e elevadores de acesso, carteiras anatômicas, material didático especial, acessibilidade, além de profissionais preparados e em número suficiente para lidar com a deficiência.

É neste contexto social, muitas vezes inundado de ideias distorcidas e discussões radicalizadas, que se faz presente a inclusão escolar de alunos com deficiência. Para alguns, esta seria uma inclusão radical e perigosa, ante o despreparo das escolas, especialmente na rede pública de ensino. Para outros, não há mais o que esperar ou mesmo adiar com desculpas de despreparo para atender tal demanda.

A ideia de uma sociedade inclusiva se fundamenta numa filosofia que reconhece e valoriza a diversidade, como característica inerente à constituição de qualquer

sociedade. Partindo desse princípio e tendo como horizonte o cenário ético dos Direitos Humanos, sinaliza a necessidade de se garantir o acesso e a participação de todos, a todas as oportunidades, independentemente das peculiaridades de cada indivíduo.

A inclusão é um dos princípios fundamentais dos Direitos Humanos. É adequar e fazer chegar a pobres, negros, pessoas com deficiência e outros grupos em desvantagem social, as políticas públicas que geralmente só atingem uma parte mais privilegiada da população. É romper com práticas estabelecidas e construir um ciclo de aprimoramento das políticas públicas.

Em resumo, para que ocorra a verdadeira inclusão de alunos com deficiência no ensino regular, não basta apenas a promulgação de leis, nem a obrigação da matrícula. Essas são sim medidas essenciais, porém a discussão se faz muito mais complexa.

1. DO DIREITO À EDUCAÇÃO COMO DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Os direitos fundamentais são os considerados indispensáveis à pessoa humana, necessários para assegurar a todos uma existência digna, livre e igual. Não basta ao Estado reconhecê-los formalmente, deve buscar concretizá-los, incorporá-los no dia-a-dia dos cidadãos e de seus agentes.

Na tentativa de construir um conceito de Direitos Fundamentais, Vladimir Brega Filho (2002, p. 66) explica que, inicialmente, seriam os interesses jurídicos previstos na Constituição, os quais o Estado deve respeitar e proporcionar a todas as pessoas, ou seja, é o mínimo necessário para a existência da vida humana.

Para Canotilho (2002, p. 371), é preciso que haja a positivação de direitos fundamentais por meio das normas constitucionais, ou seja, a incorporação na ordem jurídica positiva dos direitos considerados naturais e inalienáveis do indivíduo. Sem esta positivação jurídica, os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulso, ou até por vezes pura retórica política, mas não direitos protegidos sob a forma de normas (regras e princípios) de direitos constitucionais.

O direito à educação é denominado um dos direitos fundamentais de segunda geração, também chamado de direito social, previsto em nossa Constituição Federal em seu artigo 6º. Mais adiante, no artigo 205, a educação é definida como “direito de todos e dever do Estado e da família”, prosseguindo ainda que será “promovida e incentivada

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

Definitivamente, o direito à educação está ligado à personalidade da pessoa, ou seja, trata-se de um direito social, natural, imanente, absoluto, oponível *erga omnes*, inalienável, impenhorável, imprescritível, irrenunciável, não se sujeitando aos caprichos do Estado ou à vontade do legislador, pois se trata de algo implícito à personalidade humana.

Afirmar o direito da pessoa humana à educação é pois assumir uma responsabilidade muito mais pesada que a de assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo: significa, a rigor, garantir para toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual. É antes de tudo, por conseguinte, assumir a obrigação – levando em conta a constituição e as aptidões que distinguem cada indivíduo – de nada destruir ou malbaratar das possibilidades que ele encerra e que cabe à sociedade ser a primeira a beneficiar, ao invés de deixar que se desperdicem importantes frações e se sufoquem outras. (PIAGET, 1988, p. 29)

Conforme disposto no artigo 1º da LDBEN (Lei 9.394/96), “a educação abrange os processos formativos que se desenvolvem na vida familiar, na convivência humana, no trabalho, nas instituições de ensino e pesquisa, nos movimentos sociais e organizações da sociedade civil e nas manifestações culturais.” A verdadeira educação baseia-se em uma somatória de esforços, seja da família, do Estado e/ou da sociedade, somados à experiência pessoal do indivíduo.

Para Ilton Garcia da Costa (2010, p. 48) cabe à educação e ao ensino o papel de permitir e viabilizar o desenvolvimento da pessoa, enquanto ser social, em sentido mais amplo, possibilitando o pleno desenvolvimento humano, a solidariedade, o preparo para a cidadania e qualificação para o trabalho, ou seja, a justiça social.

Segundo Konzen (2000, p. 660), trata-se do primeiro e mais importante de todos os direitos sociais, pois compreende a educação como um valor de cidadania e de dignidade da pessoa humana, itens essenciais ao Estado Democrático de Direito e condição para realização dos ideais da República, de construir uma sociedade livre, justa e solidária, nacionalmente desenvolvida, com a erradicação da pobreza, da marginalização, das desigualdades sociais, regionais e livre de quaisquer formas de discriminação.

Entretanto, mesmo com todo o amparo legal, o direito à educação no Brasil, em termos de garantia de acesso, permanência e qualidade do ensino público ainda tem muito que progredir. Há, pois, um abismo entre o direito proclamado e sua efetividade.

Quando se fala em efetividade, o que se busca é a faculdade da norma em produzir um efeito real, ou seja, a capacidade de se produzir o objetivo que dela se espera. Há, portanto, uma diferenciação entre os conceitos de eficácia e efetividade. Valter Foleto Santin numa tentativa de classificação constitucional dispõe ser eficiência o gênero, enquanto eficiência em sentido estrito, eficácia e efetividade seriam suas espécies. Dessa forma, a eficiência seria o processo todo, desde o planejamento, a realização, o resultado final e as consequências da atuação administrativa. Em outras palavras, eficiência em sentido estrito seria o processo de atuação da atividade pública e os ingredientes e componentes do processo; eficácia seria o resultado, o produto final; efetividade seria a concretização do resultado (SANTIN, 2013, p. 89).

Não há dúvidas que cabe ao Estado, sob a égide do direito público subjetivo, o dever de prover os meios necessários a fim de garantir e efetivar uma educação de qualidade para todos. Os direitos fundamentais sociais a prestações, diversamente dos direitos de defesa, objetivam assegurar, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada. Ademais, almejam uma igualdade real para todos atingíveis apenas por intermédio e uma eliminação de desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2012, p. 199-200).

Dessa forma, ao analisarmos sobre a ótica da igualdade de acesso e a qualidade da educação brasileira, é indispensável que respeitemos a diversidade, ou seja, a ideia de uma educação “para todos” não pode acabar por massificar as diferenças individuais, ou seja, não se pode garantir igualdade sem a devida tolerância à diferença.

Para instaurar uma condição de igualdade escolar, não se pode conceber que todos os alunos sejam iguais, temos que considerar as suas desigualdades naturais e sociais, e só estas últimas podem e devem ser eliminadas (MANTOAN, 2006, p.18).

De acordo com Araújo (2003, p. 52) igualdade, direito à educação e ensino inclusivo são expressões que devem estar juntas, exigindo do professor e da escola o

desenvolvimento de habilidades próprias para propiciar, dentro da sala de aula e no convívio escolar, oportunidades para todos, deficientes ou não. Aliás, para o autor, permitir que as pessoas não deficientes se relacionem com outras pessoas deficientes fará com que aquelas desenvolvam seu espírito de solidariedade, busquem uma comunicação mais rica e mais motivada, engrandecendo a todos, reflexo de uma postura democrática.

É por meio da educação inclusiva que se poderá promover uma nova visão de mundo, superando a intolerância, com a finalidade de servir de base para a construção de uma sociedade mais justa e solidária, livre do preconceito e da discriminação.

2. DO DIREITO DE ACESSO AO ENSINO PÚBLICO DE QUALIDADE

Por muito tempo, perdurou-se no Brasil, o entendimento equivocado de que a educação especial, organizada de forma paralela à educação comum, seria a forma mais apropriada para o atendimento de alunos com algum tipo de deficiência. Essa concepção acabou por exercer impacto duradouro na história da educação brasileira, resultando em práticas que enfatizavam os aspectos relacionados à deficiência, em contraposição à questão pedagógica.

O desenvolvimento de estudos no campo da educação, associados a conquistas referentes aos Direitos Humanos, acabaram por modificar conceitos, legislações e práticas educacionais, o que contribuiu para uma reestruturação das escolas de ensino regular. Assim, depreende-se da leitura de nossa Carta Magna, a exposição de alguns dispositivos versando expressamente sobre a concepção jurídica e política da inclusão de pessoas com deficiência na rede regular de ensino, sanando por completo qualquer equívoco ainda existente sobre a questão.

A Constituição da República traz em seu Título VIII, denominado da Ordem Social, precisamente no art. 227, inc. II, parágrafos 1º, e 2º, a criação de programas visando à integração de pessoas com deficiência, através de facilitação dos bens e serviços, garantindo o acesso adequado destes.

Dentre as diversas leis e decretos existentes sobre o tema em comento, depreende-se do art. 4º, inciso III do texto da Lei nº. 9.394/96, que dispõe sobre as Diretrizes e Bases da Educação Nacional, a repetição da norma constitucional prevista no

art. 208, inciso III da Carta Magna, consolidando que o atendimento educacional às pessoas com deficiência deverá ser “preferencialmente” na rede regular de ensino.

Esse advérbio refere-se ao “Atendimento Educacional Especializado”, ou seja, trata-se do atendimento necessariamente diferente do ensino escolar, o qual é indicado para melhor suprir as necessidades e especificidades dos alunos com deficiência. Isso incluiria instrumentos necessários à eliminação das barreiras que as pessoas com deficiência têm para se relacionar com o ambiente externo, como ensino de Libras, recursos de informática, dentre outros.

Portanto, esse atendimento não substitui a escola comum para pessoas com idade de acesso obrigatório. A Constituição admite que o atendimento educacional especializado seja também oferecido fora da rede regular de ensino, em outros estabelecimentos, já que se trata de um complemento e não um substitutivo da escolarização ministrada na rede regular para todos os alunos.

Ademais, especificamente o artigo 58 da LDBEN (Lei 9.394/96), parágrafo 2º, ao dispor que “o atendimento educacional será feito em classes, escolas, ou serviços especializados, sempre que, em função das condições específicas dos alunos, não for possível a sua integração nas classes comuns do ensino regular”, acaba por cogitar um outro entendimento, o qual tem levado à interpretação equivocada de que é possível a substituição do ensino regular pelo especial.

Ora, a interpretação a ser adotada deve considerar que esta substituição não pode ser admitida em qualquer hipótese, independentemente da idade da pessoa. Isso decorre do fato de que toda legislação ordinária tem que estar em conformidade com a Constituição Federal. Além disso, um artigo de lei não deve ser lido isoladamente. A interpretação de um dispositivo legal precisa ser feita de forma que não haja contradições dentro da própria lei.

De acordo com a própria orientação disponibilizada na cartilha “O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular” elaborada pela Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão (BRASIL/ Ministério Público Federal, 2004, p. 10):

Por mais palatável que seja essa possibilidade, dado que muitas crianças e adolescente apresentam diferenças bastante significativas, não podemos esquecer que esses alunos têm, como qualquer outro, direito indisponível de acesso à educação, em ambiente escolar que não seja segregado, juntamente com seus pares da mesma idade cronológica. A participação desses alunos

deve ser garantida nas classes comuns para que se beneficiem desse ambiente escolar e aprendam conforme suas possibilidades.

Em suma, o direito ao atendimento educacional especializado previsto nos artigos 58, 59 e 60 da LDBEN (Lei 9.394/96) e também em nossa Constituição Federal, é uma forma de garantir que sejam reconhecidas e atendidas as particularidades de cada aluno com deficiência, mas não substitui o direito à educação oferecida em classes comuns da rede regular de ensino.

Para Eugênea Fávero (2007, p. 56) alguns precisam, sim, de atendimento especializado, mas isso não significa restrição ao mesmo ambiente que os demais educandos, ao contrário, esse atendimento deve ser bem definido e funcionar como um currículo à parte, oferecendo subsídios para que os alunos possam aprender conteúdos específicos a cada deficiência, concomitantemente ao ensino comum. E conclui a referida autora (2007, p. 65): “Insistimos: a garantia de atendimento especializado não pode subtrair o direito de acesso ao mesmo ambiente que os demais educandos”.

A fim de encerrar por definitivo qualquer dúvida ainda existente, deixando clara a impossibilidade de um tratamento desigual com base na deficiência, surge a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Pessoa Portadora de Deficiência, celebrada na Guatemala, da qual o Brasil é signatário, por meio do Decreto nº 3.956/2001. O referido decreto deixa claro que o acesso ao ensino regular é, portanto, um direito humano indisponível e privar pessoas em idade escolar dele, mantendo-as unicamente em escolas ou classes especiais, ferem o disposto na Convenção e na Constituição.

Em 2004, o Ministério da Educação, por meio da Secretaria de Educação Especial, assume o compromisso de apoiar os estados e municípios na tarefa de fazer com que as escolas brasileiras se tornem inclusivas, democráticas e de qualidade. Este objetivo se concretiza por meio da implementação do Programa Educação Inclusiva: Direito à Diversidade (BRASIL, 2004, p.08):

A escola é um dos principais espaços de convivência social do ser humano, durante as primeiras fases de seu desenvolvimento. Ela tem papel primordial no desenvolvimento da consciência de cidadania e de direitos, já que é na escola que a criança e o adolescente começam a conviver num coletivo diversificado, fora do contexto familiar.

Conforme dispõe a LDBEN (Lei 9.394/96), em seu artigo 60, as instituições especializadas são aquelas com atuação exclusiva em Educação Especial, “para fins de apoio técnico e financeiro pelo Poder Público”, ou seja, essas escolas não podem substituir, devendo sim complementar as escolas comuns em todos os seus níveis de ensino.

Ademais, convém ressaltar que pais e ou responsáveis que deixam seus filhos em idade obrigatória sem a escolaridade regular podem estar sujeitos às penas do artigo 246 do Código Penal, caracterizando crime de abandono intelectual. Nesse âmbito, é possível que os dirigentes de instituições que incentivem ou mesmo que não tomem as providências a essa situação, possam incorrer nas mesmas penas (art. 29, CP). O mesmo pode vir a ocorrer com a instituição que simplesmente acolhe uma criança com deficiência recusada por uma escola comum (art. 8º da Lei nº 7.853/89), silenciando a respeito, não denunciando a situação.

De acordo com o Decreto 6.949/2009, o qual promulgou a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu preâmbulo, letra “e”, percebe-se uma ruptura com o modelo de educação especial substitutiva ao ensino regular, a qual encaminha “estudantes considerados não aptos” às classes e escolas especiais, separando-os dos demais. Segundo referido documento: “(...) a deficiência é um conceito em evolução e resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

Assim, considerando-se a importância de ambientes heterogêneos para a aprendizagem, bem como medidas de apoio que efetivem a inclusão escolar, a Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva, dispõe que a Educação Especial é uma modalidade de ensino que perpassa todos os níveis, etapas e modalidades, realiza atendimento educacional especializado, disponibiliza recursos, serviços e o atendimento educacional especializado, de forma complementar ou suplementar à escolarização, aos estudantes público alvo da educação especial (BRASIL. MEC/SEESP, 2007).

Entretanto, o polêmico Decreto nº 7.611/2011 acabou por revogar Dec. 6.571, de 17.09.2008, que tratava do “atendimento educacional especializado” numa perspectiva de apoio e complemento aos serviços de educação inclusiva. Tal revogação suscitou questionamentos quanto à sua constitucionalidade, uma vez que possibilitaria o ensino

exclusivamente segregado em classes ou escolas especiais, o que representaria um verdadeiro retrocesso social.

Para Segalla e Marta (2013, p. 132), não há dúvida que o Decreto 7.611/2011 fere a Convenção Internacional sobre os direitos da pessoa com deficiência e, portanto, uma norma que equivale à emenda constitucional. Isso porque contraria os artigos 205, 206, I e 208, III da Constituição Federal, uma vez que ninguém se desenvolverá plenamente se não estiver aprendendo em meio às diferenças (nem os alunos com, nem os alunos sem deficiência). Além disso, o ensino segregado impede a igualdade de condições de acesso e permanência na escola; sem contar que o artigo 208, III fala em atendimento educacional especializado e não em educação especial em espaço segregado.

Infelizmente, a triste realidade do ensino público apresenta uma falta de recursos materiais e humanos voltados para uma educação de qualidade. Faltam estruturas de apoio à continuidade da criança e adolescente na escola, já previstas constitucionalmente, no Estatuto da Criança e do Adolescente e na Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Por vezes, essas estruturas de apoio dizem respeito aos profissionais ligados ao aparato educacional, essenciais no trato com a comunidade, principalmente com a família dos educandos (CIENA, 2013, p. 125).

O movimento da educação inclusiva não deve se restringir apenas à inserção de alunos com deficiência no ensino regular. É um movimento muito mais amplo, que requer uma nova organização política, cultural, social e pedagógica, desencadeada em defesa do direito de todos.

3. OS CAMINHOS DA EDUCAÇÃO INCLUSIVA NO BRASIL

A relação entre as sociedades ocidentais e as pessoas com deficiência nem sempre foi tão respeitosa, passando por quatro paradigmas: o da eliminação, o do assistencialismo, o da integração e finalmente o da inclusão.

É preciso esclarecer que tal percurso histórico não foi um processo contínuo e homogêneo, mas sim marcado por trajetórias individuais. Isso porque os sentimentos e a maneira pela qual a sociedade enxergava as pessoas com deficiência variavam também de um país para outro num mesmo período. É o que se percebe durante o século XX, no qual pessoas com deficiência foram submetidas a “experiências científicas” na Alemanha

nazista de Hitler, ao mesmo tempo em que mutilados de guerra eram considerados heróis em países como os EUA (GARCIA, 2011, s/p).

Flávia Piovesan (2012, p. 46) traz uma interessante análise sobre a contextualização histórica da pessoa com deficiência:

A história da construção dos direitos humanos das pessoas com deficiência compreende quatro fases: a) uma fase de intolerância em relação às pessoas com deficiência, em que simbolizava impureza, pecado ou mesmo castigo divino; b) uma fase marcada pela invisibilidade das pessoas com deficiência; c) uma terceira fase, orientada por uma ótica assistencialista, pautada na perspectiva médica e biológica de que a deficiência era uma “doença a ser curada”, estando o foco no indivíduo “portador de enfermidade”; e d) finalmente uma quarta fase, orientada pelo paradigma dos direitos humanos, em que emergem os direitos à inclusão social, com ênfase na relação da pessoa com deficiência e do meio em que ela se insere, bem como na necessidade de eliminar obstáculos e barreiras superáveis, sejam elas culturais, físicas ou sociais, que impeçam o pleno exercício de direitos humanos. (sem grifo no original)

Infelizmente, ainda hoje no campo educacional há um assistencialismo, quando não segregado, evidente ante a ideia equivocada de manutenção de alunos com deficiência exclusivamente em “escolas especiais”, o que cria um universo paralelo e distante dos ditos “normais”.

O marco histórico da educação especial brasileira data na segunda metade do século XIX, ainda no Segundo Reinado, quando em 1854 foi criado no país o Imperial Instituto dos Meninos Cegos, hoje chamado de Instituto Benjamin Constant – IBC e o Instituto dos Surdos Mudos, em 1857, hoje denominado Instituto Nacional da Educação de Surdos – INES. A partir do século XX, outras instituições foram criadas, tais como Instituto Pestalozzi (1926), a primeira APAE (1954), Sociedade Pestalozzi (1945), porém não comportando todos os deficientes brasileiros (BRASIL. MEC SEESP, 2007).

Observa-se, que a educação especial brasileira concentrou-se, até os anos 1960, em iniciativas mais localizadas e, no âmbito escolar, bastante restrita às instituições especializadas, públicas ou, principalmente, privadas. As classes especiais já existiam em algumas redes públicas, mas não de forma expressiva, e acompanhava, lentamente, a expansão do ensino primário e de seus problemas, tal como o crescente fracasso escolar nas séries iniciais. A partir do final dos anos 1960, e de modo mais destacado nos anos

1970, as reformas educacionais alcançaram a área de educação especial sob a égide dos discursos da normalização e da integração (FERREIRA, 2006, p. 86-87).

O discurso quanto à educação especial inclusiva no país, em geral, só veio ganhar respaldo constitucional, a partir da Constituição Federal de 1988 em seu artigo 3º, inciso IV ao promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e qualquer outra forma de discriminação, bem como em seu artigo 206, inciso I, ao tratar de garantir a “igualdade de condições de acesso e permanência na escola”.

Já a década de 1990 trouxe um novo conjunto amplo de reformas estruturais e educacionais no país, inspiradas e encaminhadas por organismos internacionais e caracterizadas pelo discurso da Educação para Todos, pela focalização de investimentos no ensino fundamental e pela descentralização. Nesse período, cabe destacar a ampliação das referências à construção de uma escola inclusiva, das críticas aos modos consolidados de atuação da educação especial – principalmente nas escolas públicas -, e o desenvolvimento de experiências mais inovadoras de inserção educacional das pessoas com necessidades especiais nas redes municipais de ensino, sobretudo a partir da educação infantil (FERREIRA, 2006, p. 91).

Em seguida, inúmeras leis e emendas constitucionais foram promulgadas para garantir a universalização da educação, dentre manifestos de congressos internacionais, a fim de garantir a acessibilidade, permanência e acompanhamento de todas as pessoas com deficiência na escola, além de se criar, métodos e recursos para tais.

Ao analisarmos a vasta legislação a respeito, percebemos que a questão da educação inclusiva brasileira não se restringe, hoje, a questão da falta de acesso ou mesmo recusa em efetuar a matrícula dos mesmos na rede pública. Isso já foi superado. O que ocorre é um descaso do poder público em colocar em prática políticas públicas que propiciem uma inclusão de qualidade.

Para Valter Foleto Santin (2013, p. 34-35) as políticas públicas são execuções das normas legais ou constitucionais, verdadeiros mecanismos de sua efetivação ou um “law enforcement” (reforço para execução da lei), pois não são apenas atos meramente políticos ou de governo, os chamados atos de gestão. Em suas palavras “as políticas públicas são os meios de planejamento para a execução dos serviços públicos.” Ainda dispõe o autor que a fixação das políticas públicas ocorre por meio dos mecanismos estatais de planejamento das ações, estratégias e metas para atingir a finalidade pública de forma eficiente, na prestação de ações e serviços públicos. Assim, as políticas públicas

correspondem ao planejamento e as obras e serviços caracterizam a execução material da função.

Complementando esse pensamento, interessante se faz a colocação de Fernando de Brito Alves ao dizer que as políticas públicas são aqui entendidas como o “Estado em ação”. “Ação, não é, contudo, sinônimo de atividade. É uma ação sistemática e qualificada, de um determinado governo, com o objetivo específico de intervir em contextos sociais, específicos a fim de promover a inclusão” (2013, p. 213).

A ausência de infraestrutura compromete a inclusão de alunos com deficiência na rede regular de ensino no Brasil. Poucos são as escolas públicas que possuem instalações especializadas. Faltam rampas e elevadores de acesso, carteiras anatômicas, material didático especial, além de professores capacitados para lidar com a deficiência⁷.

Quando o ambiente escolar não se encontra preparado, se esta diante sim de uma discriminação de fato, resultado de uma política de neutralidade e de indiferença do aparato estatal para com os deficientes, já que o Estado não consegue fazer com que estes recebam, muitas vezes, um tratamento de qualidade na prática, ou seja, além dos dispositivos legais (VICENTINI; COSTA, p. 106, 2015).

A verdade é que a inércia estatal em tornar efetivos os direitos fundamentais sociais, especialmente em países de modernidade tardia como o Brasil, só comprovam o desprezo dos governantes pela Constituição, ou seja, o Estado, quando se omite na efetivação destes direitos, como é o caso do direito à educação, acaba por ofender gravemente a Lei Fundamental, compelindo, muitas das vezes, o Judiciário a atuar para restaurar o respeito e a autoridade constitucional (CAMBI, 2011, p. 218).

A inclusão educacional do aluno com deficiência não é um favor. A educação é um direito fundamental de todos, independentemente da cor, classe social, gênero e deficiências que a pessoa apresente. A verdadeira inclusão exige uma transformação da escola, exige rupturas. No sistema educacional de inclusão cabe à escola se adaptar às

⁷ “Três em cada quatro escolas do país não contam com itens básicos de acessibilidade, como rampas, corrimãos e sinalização. Menos de um terço possui sanitários adaptados para deficientes. É o que revela o Censo Escolar 2014, do Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep). Dados tabulados a pedido do G1 pela Fundação Lemann e pela Meritt, responsáveis pelo portal QEDu, indicam que apenas 23 municípios do Brasil contam com todas as suas escolas acessíveis – incluindo banheiros totalmente adequados a deficientes. Os números revelam as barreiras para se cumprir um princípio básico previsto por lei: o direito de todas as crianças de frequentar uma escola. No caso das escolas municipais, o índice é ainda mais crítico: só 17% das unidades têm as estruturas mínimas para deficientes.” (sem grifo no original). Publicado em 9/08/2015 Disponível em: <<http://especiais.g1.globo.com/educacao/2015/censo-escolar-2014/a-escola-acessivel-ou-nao.html>>. Acesso em 11 julho. 2016.

necessidades dos alunos e não aos alunos se adaptarem ao modelo da escola (WERNECK, 2000, p. 53).

É preciso rever os procedimentos referentes à inclusão escolar, sendo necessária uma transformação em todo o sistema, seja educacional, social, político, promovendo o acesso à educação de qualidade e a permanência desses alunos na escola regular, conscientes do direito de exercício da cidadania.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por séculos, a existência das pessoas com deficiência foi ignorada por um sentimento de indiferença e preconceito nas mais diversas sociedades e culturas. Entretanto, elas, de uma forma ou de outra, sobreviveram e se tornaram visíveis. Hoje, busca-se a inclusão social, a convivência com a diversidade, a mudança do estereótipo da deficiência, a fim de que esta seja vista como parte da condição humana.

O movimento da educação inclusiva não deve se restringir apenas à inserção de alunos com deficiência no ensino regular. É um movimento muito mais amplo, que requer uma nova organização de escola que considere as diferenças de todos os alunos. A escola que aprende com as diferenças é aquela que se preocupa em oferecer o melhor do ensino e reconhece que todo aluno é capaz de aprender a sua maneira.

A concepção social e teórica sobre a questão vem sendo revista, a escola tem passado por profundas transformações e a sociedade anseia por testemunhar o resultado dessa mudança de paradigma. Inquestionável que todos têm direito a uma educação de qualidade, mas apenas matriculá-los na rede regular de ensino não é inclusão.

Assim, o paradigma assistencialista ainda aparece enraizado em nossas escolas e com todas as dificuldades e desafios a enfrentar (sejam eles estruturais ou mesmo de capacitação profissional), acabam por reforçar o desejo de manter esses alunos com deficiência em espaços especializados, segregados, a fim de “protegê-los” do descaso estatal.

Que fique claro, a existência de escolas especiais é absolutamente válida no que diz respeito ao atendimento educacional especializado, de modo “complementar” ao ensino regular, mas não como única modalidade educacional, exclusiva e segregadora. Segregação acaba por gerar mais segregação. É direito da pessoa com deficiência, bem

como da não deficiente o convívio mútuo, pois ambos saem ganhando com a rica troca de experiências.

Contudo, é preciso ponderar os mecanismos adequados a esta inclusão, uma vez que a educação inclusiva deve garantir o cumprimento desse direito constitucional com qualidade. Isso pressupõe uma organização pedagógica e práticas de ensino que atendam às diferenças entre os alunos, sem discriminações indevidas, beneficiando a todos com o convívio e crescimento na diversidade, além é claro, de acessibilidades. Contudo, não há como negar as falhas nas políticas públicas adequadas para que exista o apoio técnico e financeiro para tanto.

Somente através de uma abordagem humanística, democrática e que perceba o sujeito em suas singularidades é que será possível o crescimento, a satisfação pessoal e a inclusão escolar da pessoa com deficiência. Deixar a visão assistencialista, baseada na incapacidade do sujeito e passar a encarar o assunto como uma questão de direito humano e de respeito à diversidade humana é o caminho que poderá levar o Brasil a promover a “verdadeira” inclusão educacional que se almeja.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e participação popular*. Curitiba: Juruá, 2013.

ARAUJO, Luiz Alberto David. *A proteção constitucional das pessoas portadoras de deficiência*. Brasília: Corde, 2003.

BRASIL. *Educação Inclusiva: v.1: a fundamentação filosófica/coordenação geral SEESP/MEC; organização Maria Salete Fábio Aranha*. – Brasília: Ministério da Educação Especial, 2004.

_____. MEC/SEESP. *Política Nacional de Educação Especial na Perspectiva da Educação Inclusiva*. Documento elaborado pelo Grupo de Trabalho nomeado pela Portaria Ministerial nº 555, de 5 de junho de 2007, prorrogada pela Portaria nº 948, de 09 de outubro de 2007.

_____. Ministério Público Federal. *O Acesso de Alunos com Deficiência às Escolas e Classes Comuns da Rede Regular/ Ministério Público Federal: Fundação Procurador Pedro Jorge de Melo e Silva (organizadores)/ 2.ed. ver. e atualiz.* -Brasília: Procuradoria Federal dos Direitos do Cidadão, 2004.

BREGA FILHO, Vladimir. *Direitos Fundamentais na Constituição de 1988: conteúdo jurídico das expressões*. São Paulo: Editora Juarez de Oliveira, 2002.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo: Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário*. São Paulo: RT, 2011.

CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 5. Ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CIENA, Fabiana Polican. DA EDUCAÇÃO À CIDADANIA. *Revista Argumenta*, Jacarezinho - PR, n. 8, p. 125-150, Fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: <<http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/100/100>>. Acesso em: 26 Mai. 2014.

COSTA, Ilton Garcia da (2010). *Constituição e educação: autonomia universitária e a presença do Estado nas instituições de ensino superior particulares*. Tese Doutorado. Pontífica Universidade Católica (PUC/SP). São Paulo, 2010. Orientação: Prof. Dra. Maria Garcia.

FÁVERO, Eugênea Augusta Gonzaga. *Direitos das pessoas com deficiência: garantia da igualdade na diversidade*. Rio de Janeiro: WVA, 2007.

FERREIRA, Júlio Romero. Educação especial, inclusão e política educacional: notas brasileiras. In: *Inclusão e Educação: Doze olhares sobre a educação inclusiva* / David Rodrigues (org). - São Paulo: Summus, 2006.

GARCIA, Vinícius Gaspar. As pessoas com deficiência na história do mundo. In: *Bengala legal. com.br*. Disponível em: <<http://www.bengalalegal.com/pcd-mundial>>. Acesso em 10 de jan. 2015.

KONZEN, Armando Afonso. O direito à educação. In: KONZEN, Armando Afonso (Coord.). *Pela justiça na educação*. Brasília, DF: MEC.FUNDESCOLA, 2000.

MANTOAN, Maria Teresa Eglér. Igualdade e diferença na escola: como andar no fio da navalha. In: *Inclusão Escolar: pontos e contrapontos* / Maria Teresa Eglér Mantoan; Rosângela Gavioli Prieto; Valéria Amorim Arantes (org). – São Paulo: Summus, 2006.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* 9.ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 1988.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 13 ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIN, Valter Foletto. *Controle Judicial da Segurança Pública*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 11.ed. rev., atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SEGALLA, Juliana Izar Soares da Fonseca & MARTA, Taís Nader. *Direito à educação inclusiva: um direito de todos*. São Paulo: Editora Verbatim, 2013.

VICENTINI, Danielle Regina Bartelli; COSTA, Ilton Garcia da. Direito à educação inclusiva. Uma análise quanto ao acesso de alunos com deficiência na rede regular de ensino. In: *Diálogos (im)pertinentes. Responsabilidade e Função Social*. Curitiba: Instituto Memória – Centro de estudos da Contemporaneidade, 2015.

WERNECK, Cláudia. *Ninguém mais vai ser bonzinho na sociedade inclusiva*. Rio de Janeiro. WVA, 2000.

CAPÍTULO XIV

FLEXIBILIZAÇÃO E DEPRESSÃO ECONÔMICA: AS TRANSFORMAÇÕES NA SOCIEDADE E O IMPACTO NO DIREITO DO TRABALHO

EASING DEPRESSION AND ECONOMIC: TRANSFORMATIONS AS IN SOCIETY AND THE IMPACT ON LABOR LAW

Guilherme Domingos de Luca*
Antonio Carlos Ferreira do Amaral**

RESUMO: O presente estudo visa analisar a integração econômica e a flexibilização diante das crises econômicas que afetam as relações laborais, também denominadas como depressões na economia. Justifica-se a presente pesquisa, ante a realidade econômica depressiva assola a sociedade nacional. O objetivo geral se baseia na análise da flexibilização como possibilidade eficaz de proteção ao emprego nos momentos de crise, analisando, especificadamente, o contexto entre a integração econômica e a flexibilização. Trata-se do estudo pautado pelo método dedutivo, cujo os procedimentos técnicos que foram adotados, prevaleceu a pesquisa bibliográfica e documental, com base, principalmente, em livros, teses, artigos, legislação e demais dados.

PALAVRAS-CHAVE: Crise econômica; flexibilização; Valorização laboral; Alternativas; direito do trabalho.

ABSTRACT: This study aims to analyze the economic integration and flexibility in the face of economic crises affecting labor relations, also referred to as depressions in the economy. Justified this research, compared the depressive economic realities plaguing the national society. The overall objective is based on the analysis of flexibility as an effective possibility of employment protection in times of crisis, analyzing, specifically, the context of economic integration and flexibility. It is the study guided by deductive method, which the technical procedures that were adopted, prevailed bibliographic and documentary research, based mainly on books, theses, articles, legislation and other data.

KEYWORDS: Economic Crisis; flexibility; labor recovery; Alternatives; labor law.

* Mestre em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP. Pós-graduando em Direito do Trabalho e Previdenciário pela PUC – MG. Membro do Grupo de Pesquisa DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais pelo UNIVEM. Docente em Direito Processual do Trabalho no Complexo de Ensino Renato Saraiva (CERS). Advogado. E-mail: guilherme.luca@uol.com.br.

** Mestrando, Pós-graduado em Direito Civil, Processo Civil, Direito do Trabalho, Previdenciário e Bacharel em Direito pelo UNIVEM – Marília/SP. Membro do Grupo de Pesquisa DIFUSO – Direitos Fundamentais Sociais. Advogado. Contato: antonioamaral@globocom.com.

INTRODUÇÃO

Ao longo dos anos, as crises econômicas impactaram diretamente no Direito do Trabalho, dada até mesmo em razão da ausência de um emprego estável e do crescimento especializado nas atividades, que poderiam ser desempenhadas pelo trabalhador, o que contribuiu para uma mudança organizacional da estrutura das relações de trabalho. Além disso, o aumento do índice de desemprego sinalizava, nesse período, que a crise era real e que afetava todas as esferas sociais.

Se não bastasse o fenômeno da globalização, sem dúvida alguma, tem íntima relação com o Direito do Trabalho, sendo que, a partir da sua ocorrência, outros fenômenos secundários também se desencadearam, tais como a privatização e terceirização.

Em relação à globalização, é possível perceber que a ideia de unicidade e soberania do Estado é deixada de lado, muito embora respeitada, trazendo uma nova forma de competição econômica internacional, em que o seu alcance é considerado irreversível, e os efeitos não acontecem de modo igualitário entre os países envolvidos, impondo ao mundo uma nova abordagem aos conceitos e reflexos. Ela tem relação direta com o modelo existente no mundo atual que se fundamenta na ideia de diminuição do tamanho do Estado e a ordem de privatização.

A partir de tais considerações, há quem considera não haver uma crise valorativa do Direito do Trabalho, em que os direitos laborais no âmbito social não podem ser vinculados aos direitos econômicos, visto que a flexibilização se apresenta como instrumento capaz de regular as questões jurídicas ali expostas.

A flexibilização visa ajustar e afastar a rigidez das normas trabalhistas ante a globalização econômica e o mundo atual, justificando essa necessidade em decorrência das crises econômicas que assolam toda a sociedade, contribuindo, conseqüentemente, com o aumento da produtividade e também do lucro.

Muito embora a flexibilização tenha sido tema de debate de diversos outros artigos, a temática se apresenta e justifica-se de forma absolutamente relevante no atual contexto social, em que notoriamente, uma crise econômica assola a sociedade nacional. Diante disso, emerge-se o seguinte problema: Mesmo nos dias atuais, após inúmeras conquistas trabalhistas, a flexibilização ainda se apresenta como uma solução eficaz no

que concerne a manutenção e proteção ao emprego em face das crises econômicas que impactam nas relações empresariais?

Nesse contexto, o objetivo geral da pesquisa se baseia justamente na questão analítica acerca da flexibilização como possibilidade eficaz de proteção ao emprego nos momentos de crise, analisando, especificadamente, o contexto entre a integração econômica e a flexibilização.

Segundo as bases lógicas de investigação, trata-se de pesquisa desenvolvida pelo método dedutivo, cujos procedimentos técnicos que foram adotados, prevaleceu a pesquisa bibliográfica e documental, com base, principalmente, em livros, teses, artigos, legislação e demais dados.

1. TRANSFORMAÇÕES SOCIAIS E O IMPACTO NO DIREITO DO TRABALHO

Os anos compreendidos entre a década de 1940 e meados de 1975 foram essenciais para a positivação das normas laborais no Brasil, destacando, inclusive, a aprovação da CLT e posteriormente a promulgação da Constituição de 1988.

Doravante, após esse período de grandes conquistas laborais, a sociedade deflagrou-se em crise econômica por causa dos inúmeros fatos ocorridos no Brasil e no mundo, como por exemplo, a crise petrolífera de 1973. “Era natural que o Direito do Trabalho se ressentisse da crise econômica provocada pela queda do petróleo, já que está atrelado à economia” (CAVALCANTI, 2008, p. 81).

A década de 1970 foi um marco para as grandes crises em razão das taxas de lucro decorrente do aumento da força de trabalho, durante os períodos de pós-guerra, e da incapacidade de modelo de acumulação de produção e consequente desemprego, da crise do bem-estar social, da concentração de capital e das privatizações (ANTUNES, 1999, p. 29). Falava-se em uma nova reconfiguração do capitalismo:

A dinâmica de mundialização e financeirização da economia e dos mercados insere-se num amplo movimento de reconfiguração do capitalismo, ancorado pela grande indústria transnacional em estreita associação com o mundo das finanças e com os interesses do capital rentista (DEGENSZAJN, 2013, p. 612).

Essas crises econômicas desencadearam uma perda de lucratividade das empresas, dado o excesso de capacidade da produção fabril, que evidentemente,

estimulou a transferência do capital para as finanças. Por conseguinte, esse fato justificou a baixa no crescimento da produção e dos salários, o que evidenciou a necessidade de reorganização do capital das empresas e até mesmo do seu sistema político organizacional.

Esta referida crise econômica impactou diretamente no Direito do Trabalho, em razão da ausência de emprego estável e do crescimento especializado nas atividades que poderiam ser desempenhadas pelo trabalhador, o que contribuiu para uma mudança organizacional da estrutura das relações de trabalho. Se não bastasse, o aumento do índice de desemprego sinalizava nesse período que a crise era real e que afetava todas as esferas sociais.

Além disso, muitas indústrias passaram a substituir o seu capital humano pela automatização do seu processo produtivo, atreladas a ideia do pensamento neoliberal provocado pelo Estado, que pregava a necessidade de reestruturação no sistema capitalista “com predominância do capital financeiro e dos investimentos especulativos em detrimento do capital produtivo” (CAVALCANTI, 2008, p. 88).

Ante a reestruturação industrial, as demissões em massa tornaram-se uma realidade comum, em que muitas empresas de pequeno e médio porte surgiram no mercado, visando a atender a demanda dos serviços descentralizados das grandes empresas, o que seria uma atividade meio em relação ao que era desempenhada no ciclo produtivo industrial, uma espécie de terceirização (ANTUNES, 2005, p. 30).

Por conta das demissões ocasionadas pelo novo processo de produção e do surgimento das novas empresas de pequeno e médio porte, figurou-se um novo ciclo produtivo, em que a grande empresa era responsável por parte das contratações e a outra parte era feita pelas pequenas empresas, que, em muitos casos, contratavam os demitidos das grandes empresas, criando-se uma desigualdade que vai desde o tratamento até as questões salariais, visto que essa contratação se dá em razão de uma subcontratação cerceada de direitos laborais básicos.

Posteriormente, na década de 1980, houve uma acentuada desigualdade do trabalho qualificado e do não qualificado, atrelado à consequente distribuição de renda que não ocorria de forma equânime.

Essa acentuação das desigualdades não foi prevista pela teoria pura do comércio internacional, porque para ela o aumento do bem-estar, como consequência da especialização internacional segundo as dotações respectivas dos fatores de produção, deveria reduzir as desigualdades nos países

relativamente abundantes em mão-de-obra, porque estes deveriam a partir de então importar bens que necessitam muito capitais e incorporam, sobretudo trabalho qualificado e exportar bens que consomem pouco capital e incorporam sobretudo trabalho não-qualificado (SALAMA, 1999, p. 32).

Diante das crises, o trabalho informal ou economia informal se tornou uma realidade em todo o mundo. “Existe uma compreensão amplamente difundida de que se tornou um fenômeno expressivo nos países subdesenvolvidos ou em transição e que começa a aparecer nos países centrais” (KREIN; WEISHAUP T PRONI, 2010, p. 33).

Nesse período, os recursos econômicos deixaram também de ser considerados como meio de produção. O conhecimento se tornou o elemento essencial:

Agora o valor é criado pela “produtividade” e “inovação”, qualquer delas aplicações do conhecimento no trabalho. Os grupos sociais líderes da sociedade do conhecimento serão os “trabalhadores do conhecimento” – executivo do conhecimento que sabem como alocar o conhecimento para uso produtivo, tal como os capitalistas alocavam o capital para uso produtivo – ou seja, os profissionais do conhecimento, os empregados do conhecimento. Praticamente toda esta gente do conhecimento será empregue nas organizações. (...) O desafio econômico da sociedade pós-capitalista será a produtividade do trabalho e do trabalhador com base no conhecimento (DRUCKER, 1993, p. 21-22)

Posterior a tais ocorrências, surge uma nova era em razão das transformações significativas da sociedade. Essa era ocorre a partir do momento em que a tecnologia da informação surge e, com ela, um novo tipo de trabalho: o do conhecimento.

Nessa nova era, houve uma nova reestruturação e organização nas relações de trabalho, em que há “homens e mulheres cujos conhecimentos e ideias abastecem a sociedade da informação de alta tecnologia” (RIFKIN, 1996, p. 187). A revolução tecnológica trouxe um novo mercado de trabalho, destinado a uma elite de trabalhadores possuidores de habilidades e técnicas intelectuais da economia.

Todavia, antes de adentrar-se nas questões valorativas do Direito do Trabalho, cumpre demonstrar, ainda, o impacto da globalização e consequentes efeitos no cenário jurídico objetivo.

2. IMPACTO DO FENÔMENO DA GLOBALIZAÇÃO NO MUNDO ATUAL

O fenômeno da globalização, sem dúvida alguma, possui íntima relação com o Direito do Trabalho. A partir da sua ocorrência, outros fenômenos secundários também se desencadearam, tais como a privatização e terceirização.

O capitalismo se propagou no mundo junto com a globalização, que, ao contrário do que muitas pessoas afirmam, não é um fenômeno novo, uma vez que também ocorreu no final do século XV.

Nos últimos anos, a partir da década de 1980, conforme já mencionado, o mundo passou por inúmeras modificações em razão das crises que assolaram as mais diversas economias, tais como o Brasil. Seja no campo geográfico, como também na economia ou política, houve um evidente enfraquecimento dos países ricos e a miserabilidade acentuada dos países tidos como mais pobres.

O novo da era global é que se perdeu o nexo entre a pobreza e a riqueza, e isto é, segundo Bauman, a causa da globalização que divide a população mundial em riscos globalizados, que dominam o espaço e têm tempo, e pobres localizados, que estão presos ao espaço e têm que matar o tempo, com o qual não têm nada para fazer (BECK, 2004, p. 90-91)⁸.

Na globalização, é possível perceber que a ideia de unicidade e soberania do Estado é deixada de lado, embora seja respeitada. As relações transbordam os limites e fronteiras físicas, tendo em vista que a livre circulação de capital é altamente difundida por toda a sociedade, além do impacto nas relações econômicas, políticas, sociais, ambientais e até culturais (VIEIRA, 1998, p. 72), integrando-se a esfera nacional.

No fenômeno da globalização, as relações empresariais ultrapassam quaisquer limites territoriais que possam existir, uma vez que a internacionalização é uma característica absolutamente marcante.

A globalização, no que diz respeito ao impacto econômico, está associada a diversos fatores, tais como a revolução tecnológica, a adoção de políticas econômicas influenciadas pela ideologia neoliberal, grau de liberdade na movimentação do capital, ampliação do fluxo de comércio e informações, atuação das empresas transnacionais, dentre outros.

Ante a livre circulação de bens e valores que ocorreram a partir do fenômeno da globalização, há inúmeras críticas de favorecimento aos crimes de evasão de divisas⁹ e também de lavagem de dinheiro, obtido por meios ilícitos. Tal fato corrobora até mesmo

⁸ No original: Lo nuevo de la era global es que se há perdido el nexo entre pobreza y riqueza, y esto es, según Bauman, a causa de la globalización que divide a la población mundial em ricos globalizados, que dominan el espacio y no tienen tiempo, y pobres localizados, que están pegados al espacio y tienen que matar su tiempo, con el que no tienen nada que hacer.

⁹ A evasão de divisas diz respeito ao crime financeiro do qual se envia divisas para o exterior de um país sem declará-lo à repartição federal competente. Ele também é denominado como evasão cambial.

com o tráfico internacional de substâncias entorpecentes e armas (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 119).

A globalização trouxe uma nova forma de competição econômica internacional, em que o seu alcance é considerado irreversível. Seus efeitos não acontecem de modo igualitário entre os países envolvidos, dado que há uma imposição ao mundo uma nova abordagem aos conceitos e reflexos.

No que diz respeito ao lado político da globalização, este fenômeno conseguiu restaurar a separação da economia do domínio político, em que os governantes passaram a se defrontar com uma capacidade de regulamentação e controle diminuído. Eles são, portanto, meros administradores do ajuste da economia, cujo objetivo é ganhar competitividade no mercado global e assegurar confiança hábil em atrair os investidores.

No âmbito social, as mudanças decorrentes do fenômeno da globalização ocasionaram em inúmeras formas de exclusão social e, conseqüentemente, impactou toda a proteção do Direito do Trabalho.

A globalização ocasionou uma destruição impensada dos recursos naturais, principalmente os não renováveis. Alguns autores criticam a globalização em razão da sua impulsão ao abuso dos recursos naturais impensadamente e exageradamente:

(...) é, realmente, de extrema arrogância e brutalidade com a natureza e quaisquer outros modelos que não seja esse, de apropriação, de lucro e de acumulação. Sua base é um antropocentrismo intolerante que desqualifica a priori todos os demais seres – reputados simples meios ou coisas – objetos inferiores, à disposição do rei da criação. O paradoxo desse fundamentalismo econômico, é que a desqualificação é do próprio homem, que se avilta na pobreza, em mazelas sociais e risco de extinção como espécie, pelo esgotamento acelerado do planeta (PILATI, 2006, p. 11).

Associada à globalização, o consumismo se fez absolutamente presente na sociedade, adquirindo uma condição de “*status social*”. Isso se deve ao fato de a sociedade necessitar da produção, independentemente de uma análise preventiva se a sua atitude pode ou não colaborar com a degradação ambiental e com a conseqüente perda de qualidade de vida dos seus pares. Em relação à cultura, houve uma padronização dos costumes e conceitos advindos, principalmente, dos moldes norte-americanos (GOLDSCHMIDT, 2009, p. 121).

Tratando-se puramente da relação globalização x Direito do Trabalho, houve grande impacto nos direitos sociais, por casa de uma denominada crise normativa que foi obrigada a agir de forma pluralmente protecionista ao trabalhador. A globalização tem

relação direta com o modelo neoliberal, que se fundamenta na ideia de diminuição do tamanho do Estado e a ordem de privatização inserida no contexto como todo.

(...) o termo globalização tem sua origem na literatura destinada às firmas multinacionais, designando inicialmente um fenômeno limitado a uma mundialização da demanda se enriquecendo com o tempo até o ponto de ser identificada atualmente a uma nova fase da economia mundial (MAGALHÃES, 2000, p. 73).

Ocorre que, ante as ocorrências de crises, já abordadas, a partir da década de 1970, a política e ideal neoliberal foram aplicadas com o intuito de se assegurar a acumulação de capital, que até então estava em guerra.

O neoliberalismo se baseia no conjunto de ideias políticas e econômicas, advindas do capitalismo, que defende a não participação do Estado na economia, havendo ampla liberdade do comércio, responsável por um determinado crescimento econômico. Dentre os seus ideais, destacam-se:

Nesse sentido, o neoliberalismo defende um Estado minimizado em relação aos direitos sociais e trabalhistas e, ao mesmo tempo, passivo em relação aos lucros dos capitalistas e aos interesses do mercado. Preconiza liberdade de movimentos para todos, menos leis, mais espaço para a economia desenvolver-se livremente, mesmo desprezando políticas públicas estatais. Está, enfim, atrelado a essa nova fase do capitalismo internacional que orienta a formação de centros econômicos em regiões, a derrubada de fronteiras comerciais, a livre circulação do capital e o fortalecimento de conglomerados transnacionais (CAMPANA, 2000, p. 134).

Segundo os ideais neoliberais, o Estado deveria parar de intervir no mercado, bem como defender os Direitos Sociais. Isso, nos dias de hoje, seria ilógicos, tendo em vista os inúmeros direitos constitucionais amplamente consagrados na Constituição.

No sentido contrário aos ideários neoliberais, posicionam-se aqueles que defendem a intervenção do Estado no mercado de trabalho, dada a necessidade da manutenção dos sistemas de proteção social por meio de uma legislação própria, no meio político e econômico desfavorável, no caso dos países subdesenvolvidos.

De fato, todo o fenômeno da globalização, atrelado ao neoliberalismo e a não participação do Estado na economia, trouxe significativas mudanças no direito laboral, bem como impactou o contrato de trabalho. Ressalta-se que o que incide nas privatizações, terceirizações, desregulamentação e flexibilização (CATHARINO, 1997, p. 49).

Dentre as transformações advindas da globalização e o seu impacto no mundo atual, a privatização e as terceirizações, fenômenos jurídicos herdados do impacto da globalização e do neoliberalismo nas relações jurídicas trabalhistas.

A globalização também é responsável pelo afastamento do Estado na proteção da relação de emprego, desconstruindo, inclusive, a aplicação do princípio da proteção, que conforme já estudado, tem o objetivo de reduzir a desigualdade existente na relação empregado e empregador.

O neoliberalismo trouxe à tona a necessidade de o Estado ser mínimo, tanto no que diz respeito à regulação e proteção do trabalho, quanto no que diz respeito à intervenção na economia. Ante a ideia de intervenção mínima do Estado, a partir dos conceitos neoliberais, pondera-se o pensamento de redução dos atos originados do Poder Executivo na economia, que só estaria legitimado para atuar como agente regulador e fiscalizador na sociedade em funções fiscalizadoras e de planejamento.

É importante ressaltar que toda essa relação histórica que desencadeou a globalização, os ideais neoliberais e, conseqüentemente, as privatizações e a terceirização apontam para uma possibilidade de crise valorativa do Direito do Trabalho.

4. DIREITO DO TRABALHO E A CRISE VALORATIVA NA SUA POSITIVAÇÃO

Ao longo da história, as relações entre empregador e empregados são marcadas por inúmeros conflitos decorrentes puramente do interesse econômico, prevalecido pelo detentor do poder diretivo econômico em face do empregado em situação desfavorecida. Entretanto, tal afirmativa não é regra na ótica laboral, visto que os conflitos muitas vezes exprimem a crise valorativa sofrida pelo Direito do Trabalho.

Tratando da realidade social existente no Brasil e no mundo, desde o final do século passado, atrelado à existência da Constituição de 1988, as ocorrências de profundas transformações capitalistas desencadearam a normatização trabalhista a uma crise valorativa.

Por outro lado, há quem considera não haver uma crise valorativa do Direito do Trabalho, de modo que os direitos laborais no âmbito social não podem ser vinculados aos direitos econômicos:

A crise está relacionada à situação de conflito que impacta nas relações sociais e também na organização social, sendo meramente complexo atribuir a sua causa, no

contexto econômico, exclusivamente a positividade trabalhista. Além disso, as normas trabalhistas foram criadas com a intenção meramente protecionista ao trabalhador e a sociedade de modo natural, em que o Estado atua como agente pacificador de Direito.

Ante as transformações decorrentes da globalização e do pensamento neoliberal, muitos pesquisadores afirmam a necessidade de reestruturação da economia, o que afetaria, conseqüentemente, a proteção social que abrange o Direito do Trabalho.

A afirmativa da redução da necessidade do “trabalho vivo” traz, porém, no seu bojo uma verdade: uma radical transformação do mundo do trabalho e uma crescente desestruturação das comunidades operárias clássicas. Mas o neoliberalismo e a reestruturação produtiva não apontaram para a abolição nem o rechaço do trabalho, senão para a polarização, a precarização, o desemprego estrutural, a marginalização dos sindicatos e o surgimento de novos movimentos sociais cujas demandas não passaram pelo não trabalho (GENRO, 2002, p. 27).

É possível perceber que o Direito do Trabalho é acusado pelo neoliberalismo por todos os males atuais na sociedade no que diz respeito aos problemas econômicos. O elevado índice de norma jurídica atrelada à responsabilização dos empregadores inibe a modernização do processo produtivo, assim como inibe os investimentos, sacrificando cada vez mais os desempregados e jovens que almejam recolocação ou colocação no mercado de trabalho.

Nessa perspectiva de crise valorativa, o Direito do Trabalho tem sido apontado como o grande vilão do avanço econômico e superação da crise social pelo fato de ter sido acusado de “ter feito excessivas concessões aos trabalhadores, impedindo ou dificultando medidas de adequadas à superação da crise” (LEITE, 1990, p. 24).

Dentre as medidas positivadas no ordenamento jurídico, que são criticadas em razão do impacto econômico no capitalismo, está, por exemplo: a) a fixação de jornada de trabalho, que passou a ser limitada, possibilitando o pagamento de adicional, em caso de inobservância; b) a fixação de salário mínimo ou de piso normativo, conforme a categoria; c) a elasticidade dos períodos de repouso e descanso do trabalhador, tanto no período semanal como no anual; d) a inserção dos sindicatos nas empresas e maior participação e segurança jurídica dos trabalhadores; e e) a dificuldade cada vez maior da funcionalidade da mão-de-obra.

À margem do pensamento crítico ao Direito do Trabalho, urge que a natureza tutelar laboral contribui para a real crise, o que impede medidas adequadas de superação. Segundo o pensamento neoliberal, a medida mais evidente de superação da crise ocorre

a partir da flexibilização, inserindo-se na sociedade uma diminuição dos riscos do capital em face da solidez do emprego, de modo que o empregado também assuma o risco em benefício do capital.

A partir da ideia neoliberal atrelada ao fenômeno da globalização, afirmam que as conquistas advindas na legislação trabalhista foram adquiridas em momentos oportunos, cuja finalidade era de atender as reivindicações dos trabalhadores em determinados períodos, não podendo ser aplicado em situações de conjuntura depressiva da economia.

Por outro lado, há quem defenda a teoria de que os direitos trabalhistas só serão alterados caso haja persistência da crise, adotando-se, então, medidas permanentes. Alguns critérios podem ser utilizados na aferição da existência ou não de crise no Direito do Trabalho, tais como o critério da contradição entre a norma e a realidade social, a inefetividade do direito laboral e/ou seu desvio de finalidade, a sua absorção e abrangência em outros ramos do direito e a sua importância e relação no desenvolvimento econômico (XAVIER, 1990, p. 132).

A concepção de Direito do Trabalho se aplica nas relações jurídicas de forma ampla e complexa, uma vez que não se trata apenas de relação entre empregado, empregador e leis, mas sim de um conglomerado de rede de normas e situações capazes de abranger todos os princípios, regras e instituições atinentes a relação empregatícia. Essa concepção é orientada pela CLT, Constituição Federal e legislação extravagante que possa existir cujos efeitos produzem repercussão em toda a sociedade.

Ademais, o Direito do Trabalho traz consigo importantes funções, como a promoção da justiça social, mesmo que de forma genérica, distribuindo aos trabalhadores determinados ganhos econômicos elevando e modernizando a economia e a sociedade, bem como trazendo um ideal democrático e civilizatório.

Partindo-se do pressuposto neoliberal, a flexibilização ainda se mostra como alternativa essencial na arrumação e ajustes da economia, corrigindo as denominadas imperfeições do mercado.

Ante a sua relevância jurídica e polêmica que traz no contexto social, é importante estudar minuciosamente seu instituto e efeitos originados na legislação trabalhista brasileira vigente.

4. DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS COMO SOLUÇÃO SOCIAL DIANTE DAS CRISES E SUA LIMITAÇÃO CONSTITUCIONAL

Muitas são as definições atribuídas à flexibilização do direito trabalhista, sendo a temática absolutamente complexa no cenário jurídico e social.

O termo pode ser empregado dentre diversos sentidos. Dentro de um extremo, “situam-se os que defendem ‘flexibilização’ como ‘desregulamentação’, ou seja, como retirada da norma protetora, a fim de que o sistema econômico estabeleça condições de contratação laboral” (NASSIF, 2001, p. 73). Juridicamente, está relacionada ao ajuste exigido pela economia, ante a postergação dos direitos dos trabalhadores, como meio de desenvolvimento contra a absorção.

A flexibilização visa a ajustar e a afastar a rigidez das normas trabalhistas diante da globalização econômica e do neoliberalismo, justificando essa necessidade em decorrência das crises econômicas que assolam toda a sociedade, contribuindo, conseqüentemente, com o aumento da produtividade e também do lucro. Essa denominação busca “dar maior elasticidade às regras trabalhistas, em contrapartida àquela fixação rígida que sempre se preconizou. Seria uma nova forma de enfrentar as crises econômicas” (MARTINS, 2015, p. 09).

Admite para dar conteúdo jurídico “a esta ideia”, valer-se da opinião de autores espanhóis que consideram ser a “flexibilidade”, basicamente, capacidade de adaptação do regime normativo e do das instituições à vontade unilateral ou bilateral das partes da relação de trabalho. Mais ainda, considera que a flexibilidade significa fundamentalmente adequação da normativa laboral e concomitantemente uma diversificação dos níveis de proteção que brinda a seguridade social (CATHARINO, 1997, p. 49).

A flexibilização se fundamenta no sentido de que a legislação trabalhista deve se manter maleável em razão da rigidez legal dos direitos sociais, sendo uma reação aos padrões até então vigentes da legislação, os quais estão em desacordo com a realidade.

No cenário internacional, a flexibilização é vista como a “capacidade de os indivíduos na economia e em particular no mercado de trabalho de renunciar a seus costumes e de adaptar-se a novas circunstâncias” (ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO, 1986, p. 06).

Esse fenômeno também consiste na adoção de medidas e de procedimentos, cuja natureza jurídica tem a finalidade de atender a esfera social e econômica, assegurando e

promovendo a possibilidade de ajuste na produção, no emprego e nas condições de trabalho.

É o instrumento de política social caracterizado pela adaptação constante das normas jurídicas à realidade econômica, social e institucional, mediante intensa participação de trabalhadores e empresários, para eficaz regulação do mercado de trabalho, tendo como objetivos o desenvolvimento econômico e o progresso social (HOYOS, 1990, p. 378).

Há quem considera que a flexibilização surge como uma solução para a crise mundial, impactando, inclusive, no Direito nacional.

É no argumento da busca por soluções para a crise mundial que surge a discussão em torno da flexibilização do Direito do Trabalho. Também no Brasil, onde as dificuldades econômicas não decorrem apenas do processo de globalização da economia, mas também são conjunturais, a controvérsia a respeito da implementação de um novo sistema de equilíbrio das forças do capital e do trabalho ainda é a mais acentuada (SÁVIO, 1997, p. 593).

A flexibilização envolve uma série de aspectos, compreendendo desde fatores econômicos, como também políticos e sociais. Na sociologia, a flexibilização trabalhista está ligada à capacidade de renúncia a determinados costumes e de adaptações a novas situações. Na ideia jurídica, a flexibilização é o “conjunto de regras que tem por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica, política ou social existente na relação entre o capital e o trabalho” (MARTINS, 2015, p. 13).

Ela representa a atenuação rígida do Direito do Trabalho, assegurando a aplicação de medidas menos favoráveis do que as previstas em lei, ante uma negociação prévia, conforme a seguir:

(...) a flexibilização representa a atenuação da rigidez protetiva do Direito do Trabalho, com a adoção de condições trabalhistas menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante negociação coletiva, em que a perda de vantagens econômicas poderá ser compensada pela instituição de outros benefícios, de cunho social, que não onerarão excessivamente a empresa, nos períodos de crise econômica e transformações na realidade produtiva (MARTINS FILHO, 1998, p. 09).

A flexibilização do Direito do Trabalho se baseia em um conjunto, em razão de compor um todo organizado, uma sistemática que visa a compatibilizar as regras de Direito do Trabalho com as mudanças, conforme já dito, visando, especialmente, a tornar

menos rígida as relações trabalhistas. Inegavelmente está relacionada ao oposto de rigidez, visto que sua ideia literalmente evoca algo que é flexível, elástico. Na prática, seria o mesmo que substituir uma norma pela outra mais flexível ou uma Convenção Coletiva que assume o papel de norma.

O instituto da flexibilização ou da flexibilidade das normas trabalhistas diz respeito, nos dias atuais, a uma postura do legislador de permitir que as relações entre os empregados e empregadores ocorram de formas equacionadas, diversas da prevista no contrato de trabalho, de modo que qualquer problema originado no transcurso da vigência contratual possa ser solucionado em regras diversas das estipuladas na CLT.

Com isso, conforme já destacado, a norma trabalhista deixa de ser rígida e passa a adotar medidas e condições de trabalho menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante uma negociação prévia ou coletiva. A perda de vantagens pode ser compensada pela inserção de outros benefícios de cunho social, por exemplo, mas que não onerará excessivamente a empresa, que, em via de regra, está em crise ou em transformação na sua realidade produtiva (MANUS, 2002, p. 126).

O fenômeno da flexibilização não diz respeito puramente à quebra de rigidez da norma jurídica, mas sim a de condições de trabalho e regras que serão observadas e aplicadas em relação ao contrato de trabalho.

Portanto, não se fala em revogação ou exclusão de direitos, mas sim na modificação de certos direitos mediante negociação coletiva, notadamente em razão das crises econômicas existentes.

Dentre as diversas e mais variadas definições acerca deste instituto, percebe-se claramente a divergência entre o capital e o trabalho, ante o impacto da economia sobre o direito em decorrência da globalização.

Há relatos de que a flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil nasceu na década de 1990, momento em que o Brasil passava por importantes mudanças, redefinindo a sua própria formação social, bem como uma reestruturação produtiva do capital, adoção de receituário da acumulação flexível, intensificação do denominado *lean production*¹⁰ e disseminação das formas de subcontratações e terceirizações das forças de trabalho (CAVALCANTI, 2008, p. 171).

¹⁰ Relaciona-se a ideia manufatura enxuta ou manufatura esbelta, sendo também chamada de Sistema Toyota de Produção. Diz respeito a uma filosofia de gestão focada na redução dos sete tipos de desperdícios (superprodução, tempo de espera, transporte, excesso de processamento, inventário, movimento e defeitos).

Nesse período histórico, inúmeros acontecimentos contribuíram com a ideia de flexibilização no Direito Brasileiro, visto que ocorreram privatizações de setores estratégicos da economia brasileira, marcadas por políticas tidas como neoliberais, pelo então Presidente Fernando Henrique Cardoso.

Mas, antes mesmo deste fato histórico da década de 1990, a flexibilização já se fazia presente no ordenamento jurídico brasileiro, de modo que muitas leis facultavam direitos dos trabalhadores, tais como a lei nº 6.019, de 1974, que facultou o funcionamento de empresa de trabalho temporário, bem como a Lei nº. 7.102, de 1983, que possibilitou a terceirização dos serviços de segurança nos estabelecimentos financeiros.

Fala-se, inclusive, da existência da flexibilização “heterônoma”, regulada pela Lei nº 4.923, de 23 de Dezembro de 1965¹¹, que fortaleceu as negociações coletivas, que posteriormente foram consagradas na redação da atual Constituição Federal, em que o negociado prevaleceria sobre as disposições relativas às questões salariais e de jornada.

A flexibilização se faz presente em razão de inúmeros mecanismos que podem ser aplicados na legislação brasileira, tais como a flexibilidade de remuneração, a utilização de força de trabalho e a relação de estabilidade no tempo e duração do contrato de trabalho (BARROS, 1997, p. 271).

Por outro lado, há quem pondera que a normatização trabalhista, destacando a CLT, apresenta-se de forma tão rígida que a ausência de flexibilização contribui inclusive para o fenômeno da informalidade: “Pior ainda é a situação dos que se encontram na informalidade, sem qualquer tipo de garantia, alheios aos direitos trabalhistas e previdenciários, em virtude da falta de flexibilidade da CLT” (SOUZA, 2004, p. 185).

Em 1967, o contrato por prazo determinado, que claramente se apresenta como forma de flexibilização, já se fazia presente, assim como, em 1974 foi regulada a questão dos trabalhadores temporários terceirizados e, em 1983, a terceirização dos vigilantes.

Ademais, a liberdade de dispensa do empregado imotivadamente e a criação do FGTS na década de 1990 foram medidas de flexibilização, tal como a quebra do princípio

¹¹ A empresa que, em face da conjuntura econômica, devidamente comprovada, se encontrar em condições que recomendem, transitoriamente, a redução da jornada normal ou do número de dias do trabalho, poderá fazê-lo, mediante prévio acordo com a entidade sindical representativa de seus empregos, homologada pela Delegacia Regional do Trabalho, por prazo certo, não excedente de 3 (três) meses, prorrogável, nas mesmas condições, de ainda indispensável, e sempre de modo que a redução do salário mensal resultante não seja superior a 25% (vinte e cinco por cento) do salário contratual, respeitado o salário mínimo regional, e reduzidas proporcionalmente a remuneração e as gratificações de gerentes e diretores.

da irredutibilidade salarial e flexibilização da jornada de trabalho, inseridas, inclusive na norma Constitucional.

A ampliação da jornada mediante negociação coletiva em turnos ininterruptos de revezamento, os contratos por prazo determinado, visando estimular a criação de empregos, a ampliação da hipótese de terceirização, à adesão ao programa de alimentação do trabalhador, a redução de salário utilidade, a integralização de gorjetas ao salário, dentre outras medidas acima apontadas, evidenciam-se como claro flexibilizador do legislador na aplicação da norma trabalhistas no Brasil.

(...) o sistema brasileiro de relações do trabalho tem, simultaneamente, um componente de rigidez e outro de flexibilização. A rigidez vem dispositivos constitucionais, legais e judiciais. A flexibilidade vem da possibilidade de renovação periódica de acordos e convenções (PASTORE, 1995, p. 190).

Há quem defenda que o sistema jurídico nacional necessita de um programa de reforma trabalhista, capaz de superar a legislação atual que se mostra defasada.

Diante desse levantamento apresentado e existente no ordenamento jurídico brasileiro acerca da flexibilização, é imperioso destacar tal temática em face da Constituição Federal de 1988, que veementemente acirrou os debates, tendo em vista que permitiu diversas modificações nos direitos trabalhistas até então existentes, mediante negociações, que foi um marco normativo acerca da flexibilização no Brasil. Por outro lado, “quanto à constitucionalização dos direitos do trabalho, foi possível perceber que a Carta Magna visa à promoção e respeito da dignidade do homem (LUCA; POZZOLI, 2015, p. 105)”.

Embora seja considerada rígida, ela trouxe significativos dispositivos que possibilitaram a flexibilização laboral. Aponta-se, inclusive, para a adoção de linhas básicas pela redação constitucional brasileira:

As linhas básicas adotadas pela Constituição Federal são as seguintes: 1) adoção de um modelo prescritivo, não omissivo, segundo a diretriz do constitucionalismo social e seus objetivos fundamentais, que compreendem a ideia da inclusão de direitos sociais nas Constituições. 2) opção por um texto constitucional não sintético, de certo modo extenso e que, apesar de poucos artigos, contém inúmeros incisos dispondo sobre uma variedade de direitos trabalhistas, em dimensão, até hoje, desconhecida de nossas Constituições; e 3) inclusão, na Constituição, de novos direitos trabalhistas, assim considerados aqueles até agora não previstos em nossa ordem jurídica, como também aqueles que o eram apenas em nível de legislação ordinária, passando, com a Constituição a nível maior (NASCIMENTO, 2001, p. 1426-1427).

Os mecanismos de flexibilização são reais na Constituição Federal, de modo que a Carta Magna iniciou um processo de modernização do Direito do Trabalho brasileiro, visando a afastar a tutela do Estado e a abrir margens de entendimento entre empregados e empregadores. Dentre essas alterações, destacam-se a negociação coletiva e o acordo coletivo, tendo esses as funções de alterar em benefício ou não ao trabalhador.

Ademais, alguns autores denotam que a flexibilização à luz da redação Constitucional ocorre em determinadas oportunidades, tais como o inciso VI, XIII e XIV, do artigo 7º, da Constituição Federal.

No tocante a irredutibilidade salarial, a doutrina se posiciona no sentido de que o inciso IV, do artigo 7º, deve respeitar a garantia do trabalhador ao salário mínimo.

Quanto à possibilidade de flexibilização da jornada de trabalho, a Constituição Federal se manifesta no sentido de que a jornada não será superior a oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, facultando-se a compensação dos horários e redução da jornada, mediante convenção coletiva. Em relação ao regime de compensação da jornada de trabalho, ela traz a possibilidade de prorrogação da jornada, sem o pagamento de horas extras, de modo que as horas excedentes das normais prestadas serão deduzidas em outra oportunidade.

Quanto aos poderes atribuídos aos sindicatos, ressalta-se que a flexibilização trazida pela Constituição Federal possui um viés absolutamente negocial, razão pela qual os sindicatos passaram a ter importante papel na normatização trabalhista como, por exemplo, negociar piso salarial, jornada de trabalho, dentre outros.

Outro ponto que merece destaque em relação à flexibilização e a Constituição Federal está relacionado à Emenda Constitucional nº 28 de Maio de 2000, que alterou o artigo 7º, inciso XXIX¹², da Constituição Federal, em que a ação quanto aos créditos trabalhistas proveniente das relações laborais teriam o prazo prescricional de cinco anos até o limite de dois anos após o término do contrato de trabalho, sendo as prescrições quinquenal e bienal.

A justificativa acerca da questão prescricional ocorreu a partir da necessidade de resguardo do empregador rural, visto que, em muitos casos, eles tinham que vender sua

¹² XXIX - ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 28, de 25/05/2000).

propriedade ou empenhar toda a sua economia para pagar débitos decorrentes de condenação trabalhista.

A limitação acerca da flexibilização nos dias atuais recaiu ao Poder Judiciário, que tem o papel de interpretar e validar as negociações coletivas dentro dos limites e parâmetros impostos pela Constituição Federal. Por outro lado, é possível perceber que o fenômeno da flexibilização implica também em uma denominada subtração de Direito do Trabalho, embora exista uma previsão Constitucional.

No Brasil, os limites da flexibilização são dois: as normas de ordem pública, que não podem ser modificadas pelas partes, assegurando-se o mínimo ao trabalhador; e quando for contrariada, a política econômica do governo (MARTINS, 2015, p. 126).

O primeiro caso, em que as normas de ordem pública não podem ser modificadas pelas partes, está relacionado à observância mínima contida na Constituição Federal ou também nas Leis, autorizando, porém, que a norma coletiva assegure direitos superiores aos existentes na norma. Por exemplo, não seria possível estabelecer o aviso prévio em período inferior aos trinta dias, mas uma Convenção Coletiva poderia estipular o prazo de quarenta e cinco dias; assim como não seria possível se estabelecer unilateralmente o não pagamento de décimo terceiro salário ou gratificação natalina, mas poderia ser criado o décimo quarto salário em benefício do trabalhador.

Em relação à vedação de contrariedade da política econômica do governo, menciona-se, por exemplo, o artigo 623 da CLT, que expõe a nulidade de convenção ou acordo coletivo que contrarie de forma direta ou indiretamente a proibição ou norma disciplinadora de políticas econômico-financeira do governo no que tange à política salarial vigente.

Ressalta-se a vedação da flexibilização dos direitos fundamentais do trabalhador, tendo em vista se tratar de matéria de ordem pública, não podendo ser deliberado por convenção ou acordo coletivo algum, dado seu caráter inalienável, imprescritível e indisponível. Pondera-se que os trabalhadores possuem direitos fundamentais expostos por meio das normas imperativas do Estado, em que o ente estatal é o verdadeiro sujeito passivo nas relações entre o direito subjetivo público e a prestação de caráter social. Assim, havendo inatividade do legislador com relação aos direitos laborais, ocorreria violação ao direito fundamental.

A flexibilização pressupõe a existência de intervenção estatal, respeitando-se os direitos fundamentais e verificando-se que a autonomia da vontade coletiva não poderá

sobrepôr os limites constitucionais, que são imodificáveis, e os princípios de Direito do Trabalho exercem importante papel na limitação da flexibilização.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante do exposto, apresentam-se as seguintes considerações acerca da flexibilização como fenômeno jurídico e sua relação com o contexto social vigente.

Nitidamente, relaciona-se o Direito do Trabalho e a crise econômica, impulsionada pelo fenômeno da globalização, de modo que, a partir da sua ocorrência, outros fenômenos secundários também se desencadearam, tais como a privatização e terceirização. Na globalização, é possível perceber que a ideia de unicidade e soberania do Estado é deixada de lado, embora seja respeitada. Todavia, as relações transbordam os limites e fronteiras físicas, visto que a livre circulação de capital é altamente difundida por toda a sociedade.

No que diz respeito ao impacto econômico, ela está associada a diversos fatores, tais como a revolução tecnológica, a adoção de políticas econômicas influenciadas pela ideologia neoliberal no mundo atual, grau de liberdade na movimentação do capital, ampliação do fluxo de comércio e informações, atuação das empresas transnacionais, dentre outros.

Da globalização, decorrem as políticas neoliberais, que se baseiam no conjunto de ideias políticas e econômicas advindas do capitalismo que defende a não participação do Estado na economia, havendo ampla liberdade do comércio, responsável por um determinado crescimento econômico.

Tendo em vista a existência dos aspectos mencionados, figura-se a denominada crise valorativa da legislação trabalhista. A norma laboral é apontada como causa de toda a crise econômica nas corporações, que, por sua vez, está associada à situação de conflito que impactam nas relações sociais e também na organização social, sendo meramente complexo atribuir a sua causa no contexto econômico, exclusivamente a posituação trabalhista.

O Direito do Trabalho é acusado pelo neoliberalismo por todos os males atuais na sociedade no que diz respeito aos problemas econômicos, de modo que o elevado índice de norma jurídica atrelada à responsabilização dos empregadores inibe a modernização do processo produtivo, assim como inibe os investimentos, sacrificando

cada vez mais os desempregados e jovens que almejam recolocação ou colocação no mercado de trabalho.

Por outro lado, menciona-se que o Direito do Trabalho traz consigo importantes funções, como a promoção da justiça social, mesmo que de forma genérica, distribuindo aos trabalhadores determinados ganhos econômicos, eleva e moderniza a economia e a sociedade, bem como traz um ideal democrático e civilizatório.

Em relação à flexibilização do Direito do Trabalho, trata-se de um fenômeno que visa a ajustar e a afastar a rigidez das normas trabalhistas ante a globalização econômica e o neoliberalismo, justificando essa necessidade em decorrência das crises que assolam toda a sociedade, sendo uma alternativa de aumento da produtividade e também do lucro.

Fundamenta-se no sentido de que a legislação trabalhista deve se manter maleável em razão da rigidez legal dos direitos sociais, sendo uma reação aos padrões até então vigentes da legislação que estão em desacordo com a realidade.

A flexibilização contribui com a norma trabalhista, que deixa de ser rígida, adotando medidas e condições de trabalho menos favoráveis do que as previstas em lei, mediante uma negociação prévia ou coletiva, em que a perda de vantagens pode ser compensada pela inserção de outros benefícios de cunho social, por exemplo, mas que não onerará excessivamente a empresa, que, em via de regra, está em crise ou em transformação na sua realidade produtiva.

Os mecanismos de flexibilização são reais na Constituição Federal Brasileira, de modo que a Carta Magna Nacional iniciou um processo de modernização do Direito do Trabalho Brasileiro, visando a afastar a tutela do Estado e a abrir margens de entendimento entre empregados e empregadores. Dentre essas alterações, destacam-se a negociação coletiva e o acordo coletivo, tendo esses as funções de alterar em benefício ou não ao trabalhador.

Com isso, diante dos momentos de depressão econômica, a flexibilização, se respeitada os ditames legais, tais como os direitos fundamentais, não se trata de precarização, mas sim de adaptação do Direito do Trabalho na realidade social, visando, inclusive, a manutenção plena do emprego e de postos de trabalho.

REFERÊNCIAS

ANTUNES, Ricardo. **O sentido do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 1999.

BARROS, Cássio Mesquita. Flexibilização do Direito do Trabalho e Terceirização. In: **Revista dos Tribunais Caderno de Direito Tributário e Finanças Públicas**. vol. 5, out/dez 1997.

BECK, Ulrich. **¿Qué es la globalización?** Falacias del globalismo, repuestas a la globalización. Buenos Aires: Paidós, 2004.

CAMPANA, Priscila. O impacto do neoliberalismo no direito do trabalho: desregulamentação e retrocesso histórico. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília/DF, v. 37, n.147, 2000.

CATHARINO, José Martins. **Neoliberalismo e sequela**: privatização, desregulação, flexibilização, terceirização. São Paulo: LTr, 1997.

CAVALCANTI, Lygia Maria de Godoy Batista. **A flexibilização do Direito do Trabalho no Brasil**: Desregulação ou Regulação Anéctica do Mercado?. São Paulo: LTr, 2008.

DEGENSZAJN, Raquel Raichelis. Proteção Social e Trabalho do Assistente Social: tendências e disputas na conjuntura de crise mundial. **Serviço Social & Sociedade**, v. 116, p. 609-635, 2013.

DRUCKER, Peter. **Sociedade pós-capitalismo**. Coimbra: Conjuntura Actual Editora, 1993.

GENRO, Tarso Fernando. **Crise da democracia**: direito, democracia direta e neoliberalismo na ordem mundial. Petrópolis: Vozes, 2002.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. **Flexibilização dos Direitos Trabalhistas**. Ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência. São Paulo: LTr, 2009.

HOYOS, Arturo. Estudios sobre flexibilidad en Panamá. Tradução: Sérgio Pinto Martins. **Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas**, Caracas, nº 75, 1990.

KREIN, José Dari. WEISHAUPT PRONI, Marcelo. **Economia informal**: aspectos conceituais e teóricos. Escritório da OIT no Brasil. - Brasília: OIT, 2010.

LEITE, Jorge. **Direito do trabalho na crise**. In: Temas de Direito do Trabalho, Coimbra, 1990.

LUCA, Guilherme Domingos de; POZZOLI, L. **A relação direito e fraternidade como instrumento promocional da dignidade da pessoa humana no direito do trabalho.** In: CONPEDI; UFMG; FUMEC; Dom Helder Câmara. (Org.). Direito do trabalho e meio ambiente do trabalho I. 1ed. Belo Horizonte: , 2015, v. 1, p. 88-107.

MAGALHÃES, José Luis Quadros de. **Direito constitucional.** Belo Horizonte: Mandamentos, v. 1, 2000.

MANUS, Pedro Paulo Teixeira. **Direito do Trabalho.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2002.

MARTINS FILHO, Ives Gandra da Silva. **Manual esquemático de direito e processo do trabalho.** 7. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Flexibilização das condições de trabalho.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Limites da negociação coletiva na perspectiva do projeto de flexibilização da CLT.** São Paulo: LTr, 2001.

NASSIF, Elaine Noronha. **Fundamentos da flexibilização: uma análise de paradigmas e paradoxo do direito e do processo do trabalho.** São Paulo: LTr, 2001.

ORGANIZAÇÃO DE COOPERAÇÃO E DE DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO – OCDE. **Flexibilité dans la gestion du personnel de l’administration publique.** Tradução: René Loncan Filho, 1986.

PASTORE, José. **Flexibilização dos mercados de trabalho e contratação coletiva.** São Paulo: LTr, 1995.

PILATI, José Isaac. **Por um novo agora perante o desafio da globalização.** Revista Jurídica, n. 19, jan./jun. Blumenau: Edifurb, 2006.

RIFKIN, Jeremy. **O fim dos empregos: o declínio inevitável dos níveis dos empregos e a redução da força global de trabalho.** Tradução: Ruth Gabriela Bahr. São Paulo: Makron Books, 1996.

SALAMA, Pierre. **Pobreza e Exploração do Trabalho na América Latina.** Tradução: Emir Sader. São Paulo: Boitempo, 1999.

SÁVIO, Luciane Alves. **Flexibilização do direito do trabalho e implantação da autonomia privada coletiva no Brasil.** In: DALLEGRAVE NETO, José Affonso (Coord.). Direito do trabalho: estudos. São Paulo: LTr, 1997.

SOUZA, Ney Lopes de. **Flexibilização e Sindicalismo no Brasil**. In: Fórum Internacional sobre flexibilização no Direito do Trabalho. Tribunal Superior do Trabalho (org.). Flexibilização no Direito do Trabalho. 2. ed. São Paulo: IOB Thomson, 2004.

VIEIRA, Liszt. **Cidadania e globalização**. Rio de Janeiro: Record, 1998.

XAVIER, Bernardo da Gama Lobo. **O direito do trabalho na crise**. In: Temas de Direito do Trabalho, Coimbra, 1990.

CAPÍTULO XV

INTRODUÇÃO À MORFOSSINTAXE DO LATIM PARA ESTUDANTES E OPERADORES DO DIREITO

José Rodrigues Seabra Filho¹³
Rogério Cangussu Dantas Cachichi¹⁴

RESUMO: Na redação de peças processuais, de pareceres e de atos oficiais não há dúvida quanto à importância da esmerada linguagem, que deve ser clara e, sobretudo precisa em relação ao problema jurídico trazido à discussão ou à situação fática que o motivou. Onde se entremostra o estudo do latim altamente útil assim ao estudante como ao operador do direito não só na exata tradução dos textos latinos como especialmente no aprimoramento da escrita forense. O texto apresenta em linguagem simples uma breve introdução à morfossintaxe do latim com o fim de estimular estudantes e operadores do direito ao contato com o idioma de Cícero.

Palavras-chave: Linguagem. Latim. Direito.

INTRODUÇÃO

Desmantelado o Império Romano no século V de nossa era, circunstâncias históricas e conseqüentemente político-sociais vieram aos poucos, em cerca de quatro séculos, a transformar o latim em outras línguas (as chamadas *neolatinas* ou *românicas*), uma das quais é a portuguesa. Estúltima se apresenta então, em toda a sua estrutura morfossintática e em quase todo o seu léxico, como um prolongamento do latim vulgar que havia sido levado pelos antigos romanos à Península Ibérica. E é por essa estreita ligação entre um e outro idioma que vai impor-se necessário, imprescindível até, ao verdadeiro estudioso da língua pátria - àquele que, não satisfeito com simples regras

¹³ Mestre e Doutor em Letras Clássicas pela USP. Livre-docente (USP). Professor FFLCH - USP. Professor de grego, latim, francês e italiano. Endereço Eletrônico para contato: <ricklou@usp.br>.

¹⁴ Membro do Grupo de Pesquisas (GT) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); GPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP); Direitos Fundamentais e a sistematização precedentalista vinculante no Brasil (UENP); e Lógica, tempo e linguagem natural (UEL); Especialista em Direito pela PUC/SP e licenciado em Filosofia pela UEL; Juiz Federal da Subseção Judiciária de Jacarezinho/PR. Endereço Eletrônico para contato: <cangussu@trf4.jus.br>.

gramaticais, busca conhecer a fundo o significado primeiro das palavras, a razão das regências e a lógica das concordâncias - o estudo do latim¹⁵.

Embora certos de sua utilidade para todo estudante que se expresse em nossa língua, e nela, portanto redija trabalhos resultantes de estudos e pesquisas, somos forçados a reconhecer que o latim se destina hoje mais especialmente aos que chegam aos estudos superiores. Consideremos então das nossas universidades o Direito, curso para o qual, a exemplo do que ocorre em Letras, o latim se nos apresenta indispensável. Escritos nessa língua, numerosos são os lapidares e imutáveis textos-base de toda a jurisprudência. Ora aí a consulta direta, sem a necessidade de traduções às vezes subjetivas ou equivocadas, é o que interessa aos que pretendem aprofundar-se na disciplina. E mais ainda. O estudo ao latim eleva em grande medida a qualidade da redação de textos em português, tornando-os bem mais objetivos, precisos, claros, coesos. Não há dúvida de que na redação de peças processuais, de pareceres e de atos oficiais a escorreita linguagem, que deve ser clara e, sobretudo precisa quanto ao problema jurídico trazido à discussão ou à situação fática que o motivou, é de grande utilidade aos juristas.

Apoiados em tais considerações, elaboramos esta seguinte pequena introdução à morfossintaxe do latim para estudantes operadores do direito.

1. MORFOSSINTAXE DO LATIM: GENERALIDADES PARA ESTUDANTES E OPERADORES DO DIREITO.

O latim clássico compreende palavras invariáveis (advérbios, preposições, conjunções) e variáveis (nomes, pronomes, verbos). Para organização de estudo, os nomes se distribuem em cinco grupos a que se dá o nome de declinações. Eis aí a base de sua morfologia. À primeira declinação compreendem os nomes - ou femininos, na maioria, ou masculinos - de tema em -a como *stella, terra, nauta, poeta*; à segunda, os de tema em -o, dos três gêneros gramaticais como *ludus, taurus, pirus, podium*; à terceira, os de tema em -i ou em consoante, também dos três gêneros como *ciuis, orator, turbo, mater, caput*; à quarta, os de tema em -u, dos três gêneros como *punctus, manus, cornu*;

¹⁵ Ernesto Faria, latinista dos mais renomados que o Brasil já teve, observou: “A sintaxe portuguesa conserva em grande parte as linhas mestras da sintaxe latina, língua em que se encontra a origem de quase todas as nossas construções. Isto sem falar no vocabulário português, que uma simples análise etimológica revela ser quase todo latino. A. Nascentes, em seu Dicionário Etimológico, acusa quase 90% de elementos latinos em nosso léxico” (FARIA, 1959, p.137).

à quinta, os de tema em *-e*, femininos como *fides, res, spes, series, facies*, e dois masculinos: *dies, meridies*.

Os adjetivos entram nas três primeiras declinações: os de tipo *dignus, digna, dignum*, com a forma feminina (*digna*) na primeira declinação, e a masculina (*dignus*) e neutra (*dignum*) na segunda; todos os adjetivos dos demais tipos, na terceira.

As relações sintáticas dos nomes na frase são abrangidas por seis casos, cujas indicações básicas, para cada um, são as seguintes: nominativo, o nome propriamente, a primeira forma da palavra, o sujeito do verbo; vocativo, forma da palavra - geralmente igual à do nominativo - usada para o ato de chamar; acusativo, o complemento verbal por excelência; ablativo, para a expressão que indica “com quê”, “por meio de quê”; dativo, para o complemento - verbal ou nominal - que indica “para quem”; genitivo, para a ideia de posse ou restrição. Essas indicações são as primeiras, as básicas, mas todas as outras funções sintáticas possíveis serão abrangidas por esses seis casos. À parte o vocativo, pode-se considerar um caso reto, o nominativo; e oblíquos, casos de complementos, os demais. Para indicações espaço-temporais, o acusativo serve para a ideia de movimento “para dentro de” ou de aproximação; o ablativo, para a de separação, ou para a de estacionamento, sem movimento.

Quanto à parte relativa aos verbos, consideram-se quatro conjugações distintas (*amo, deleo, scribo, audio*) e uma mista (*capio*). Pode-se estudar à parte tanto o verbo *esse* e derivados, como os demais verbos que apresentem irregularidade de conjugação. Para estudo das formas verbais, há necessidade de apreensão basicamente dos três temas: do *infectum* [*ama-, dele-, scrib-, audi-, cap- (capi-)*]; do *perfectum* [*amau-, deleu-, scrips-, audiui-, cupiu-*]; do supino [*amat-, delet-, script-, audit-, capt-*].

As palavras - nomes e verbos - apresentam uma base significativa (radical) a que se acrescentam sufixos e desinências. No caso dos nomes, desinências indicativas de gênero, número, caso, grau etc.; no caso dos verbos, de pessoa, tempo, modo, voz. Por exemplo: em *oratore* há um radical (*orat-*), um sufixo de agente (*-or-*) e uma desinência casual (*-em*); em *iubes* um radical (*iub-*), uma vogal temática (*-e-*), um tema (*iube-*) e uma desinência número-pessoal (*-s*); em *dicuntur* um tema (*dic-*), uma simples ligação (*-u-*), uma desinência número-pessoal (*-NT-*) e uma indicação final de forma passiva (*-ur*). Todas essas noções concentradas numa só forma, nominal ou verbal, fazem do latim língua sintética e racional.

A existência, nos nomes, de desinências casuais proporciona ordem bastante livre de colocação das palavras na frase. Para dizer, por exemplo, “o agricultor conduziu ao campo o rebanho” podem ser usadas as seguintes ordens dos termos: (1) *agricola duxit gregem in agrum*; (2) *agricola in agrum duxit gregem*; (3) *agricola gregem in agrum duxit*; (4) *duxit in agrum agricola gregem*; (5) *gregem in agrum agricola duxit*. As sequências (3) e (4), com o verbo no fim da frase, e o complemento (*gregem*) e a indicação de lugar para onde (*in agrum*) antes, poderia ser a mais comum num escritor clássico. Tanto por ser a palavra principal, de afirmação do fato, como por ser desnecessário às indicações das funções - já expressas pelas desinências causais nos nomes: nominativo - *a*, acusativo - *m* -, o verbo apareceria no fim.

Com relação a verbos, a concentração de indicadores também proporciona facilidade e economia na comunicação: uma forma como *legeremus* apresenta sufixo modo-temporal (-*re-*) e desinência número-pessoal (-*mus*); e entre por exemplo o futuro *pellēris* (serás empurrado) e o presente *pellēris* (és empurrado), a partir do tema (*pell-*): a mesma desinência passiva de segunda pessoa do singular (-*ris*), uma indicação de tempo no futuro (um -*e-* longo), mas uma simples ligação no presente (um -*e-* breve); e entre formas nominais do verbo tais como *timentibus* e *timendo*, pode-se considerar um mesmo tema (*time-*) e características - *a* de particípio presente (-*nt-*), *a* de gerúndio ou gerundivo (-*nd-*) -, e por fim desinências nominais (-*ibus*, -*o*).

Toda essa base morfológica e suas variações - os casos nominais e as flexões verbais - servem para uma sintaxe concisa, característica do latim clássico. Nota-se então vez por outra construção especial, como: *Miseret tui me* (Terêncio) [tenho compaixão de ti (pode-se entender literalmente “em relação a mim existe compaixão de ti”)]; nota-se também, em períodos compostos, o uso - mais comumente que em português - de oração subordinada com verbo no subjuntivo: *Caesar exploratores centurionesque praemittit qui locum idoneum castris deligant* (César) [literalmente “César envia à frente exploradores e centuriões que escolham local apropriado para o acampamento”]; e até, pela força desse subjuntivo latino, o uso de oração subordinada justaposta, isto é, não introduzida por conjunção: *Nolo exeas* (Plauto) [não quero /que/ saias].

Mais comum também é o uso de oração reduzida, seja a infinitiva: *puto hominem justum bene judicare* [penso o homem justo julgar bem]; seja o ablativo absoluto: *homine laborante, patria crescit* [trabalhando o homem, a pátria cresce]; *judicio finito, populus*

se dispersit [findo o julgamento, o povo se dispersou]; *mutatis mutandis* [mudadas as coisas que devem ser mudadas].

A tais particularidades sintáticas pode-se acrescentar a característica de uso mais abundante de formas passivas, como o emprego do gerundivo; daí uma frase como “devo ler o livro” em vez de *librum legere debeo* ficaria num autor clássico *liber mihi legendus est* [frase que, bem literalmente, significa “existe para mim o livro que deve ser lido”].

Pode-se acrescentar ainda, a partir desse exemplo com gerundivo, a característica do abundante emprego de formas nominais do verbo. Veja-se, por exemplo, o uso do particípio futuro *laesurus*, em conjugação com *fueras*, e do gerundivo *uiolanda*, no dístico inicial da elegia tibuliana I, 9: *quid mihi, si fueras miseros laesurus amores, / foedera per diuos, clam uiolanda, dabas ?* [que me davas, se havias de ter ferido míseros amores, alianças em nome dos deuses, as quais secretamente deviam ser violadas?]. Por vezes a frase latina se apresenta então tão sucinta, que se recorre, numa tradução, a nome abstrato, para verter a ideia expressa, por exemplo, por uma forma nominal do verbo. Vejam-se três exemplos - um particípio presente no genetivo *fastidientis*; um genetivo do gerúndio *peccandi*; um ablativo do gerúndio *susplicando*; um gerundivo *miscenda*, em conjugação com *sunt*; dois particípios presentes no dativo *quiescenti, agenti*; e dois gerundivos neutros *agendum, quiescendum*, em conjugação com *est* - em trechos de Sêneca (*Ad Lucilium*, I, 2, 4; I, 3, 3; I, 3, 6): *fastidientis stomachi est multa degustare* [degustar muitas coisas é próprio de estômago que se enfastia]; *fidelem si putaueris, facies: nam quidam fallere docuerunt, dum timent falli, et illi ius peccandi susplicando fecerunt* [se /a teu amigo/ tiveres considerado fiel, fá-lo-ás /fiel/: pois uns ensinaram a enganar, enquanto temem ser enganados, e, pela suspeita, deram a ele o direito de errar]; *inter se ista miscenda sunt: et quiescenti agendum et agenti quiescendum est* [entre si estas coisas devem ser misturadas: tanto ao que descansa deve haver ação, quanto ao que age deve haver descanso].

O latim clássico apresenta-se enfim, ao estudioso, como língua hoje absolutamente definida em suas formas e em sua sintaxe. Está fixado para sempre. Seu léxico, delimitado já pelos autores de sua literatura - e cada palavra então, definida quanto à grafia e quanto às formas indicativas dos casos -; sua sintaxe, definida pelos exemplos de obras de um Cícero, de um Virgílio.

Considerando-se primeiramente essa definição geral de formas e de construções sintáticas, vê-se ainda mais, pelo estudo de sua morfossintaxe, que o latim revela ser

língua econômica tanto no uso de palavras como no das sequências de frases, em que prevalece a subordinação e muitas vezes oração reduzida. Por isso, para uma língua moderna, o texto latino vai muitas vezes ser vertido com auxílio de outras palavras.

Falamos em morfossintaxe, isto porque o estudo da morfologia do latim não pode ser anterior à leitura de textos, mesmo que inicialmente de pequenos trechos, de autores clássicos. Decorar formas - declinações e conjugações - por si só não dá a apreensão do idioma em sua essência: da frase, das funções sintáticas, da colocação dos termos, do ritmo do discurso. Convém então falar antes em estudo conjunto da morfologia e da sintaxe do latim, e estudo conjunto sempre com base nos textos clássicos.

Aliás, sobre proporcionar maior conhecimento e domínio dos recursos da língua portuguesa, a finalidade do ensino do latim hoje também está centralizada na compreensão e tradução desses textos. A partir do texto, vai-se apreender aos poucos o emprego da flexão nominal, da ampla conjugação verbal, da estrutura enfim morfossintática.

À parte a relação sintática indicada nos nomes pelas desinências casuais, há semelhanças de formas entre latim e português. Veja-se o sistema pronominal: formas como por exemplo *tu, te*, de nominativo e acusativo, são as mesmas nas duas línguas. Na gradação de adjetivos também fica facilmente compreensível forma e significado do sufixo comparativo-ior (*maior, melior*), e dos de intensidade *-issimus, -limus, -rimus* (*dignissimus, facillimus, pauperrimus*). E da parte verbal, como já observamos acima, o essencial é a percepção dos três temas, os quais servirão para a formação dos tempos todos e das formas nominais.

Ora aí uma diferença entre o latim clássico e as línguas neolatinas está nas formações verbais passivas. No latim, só os tempos do *perfectum* apresentam passiva analítica, com o verbo *esse* como auxiliar; os do *infectum* indicam a forma passiva por meio de desinência. Assim em *liber lectus est* a ideia é “o livro foi lido”; em *liber legitur*, “o livro é lido”.

Um confronto do latim clássico com o português, conforme observamos para o estudo da morfologia, também pode ser indicado para a sintaxe. Há concordâncias, mas também diferenças entre ambas as línguas, quanto à regência verbal e nominal. Neste ponto fica imprescindível a consulta ao dicionário; *consultare*, por exemplo, pode ser “consultar” em *consulto matrem* (consulto a mãe), e pode ser “olhar por”, “tomar cuidado de”, em *consulto matri* (ocupo-me de minha mãe). *Aliquid pulchri* pode ser vertido por

“algo belo”, em vez de “algo de belo”, que seria mais literal, traduziria a expressão partitiva, mas seria menos usual em português.

Quanto às construções das frases, existem as mais usuais do latim clássico, como comentamos acima. Assim por exemplo para dizer “tenho muitos livros”, em vez de *habeo multos libros*, usa-se expressão com o verbo *esse* mais dativo do possuidor e nominativo da coisa possuída *mihi sunt multi libri* (literalmente “para mim muitos livros existem”). Aproveitando o exemplo com *esse*, nota-se que às vezes a construção se mostra bem particular; assim frase como *studium mihi laudi est* apresenta o verbo com dois dativos, e a tradução literal soaria estranha “o estudo é para mim para louvor”, mas o sentido é claro “o estudo me serve de louvor”.

Na concordância de tempos verbais entre a oração principal e a subordinada prevalecem as regras básicas: a um tempo presente, futuro, futuro perfeito corresponde na subordinada um tempo correspondente no subjuntivo (presente, perfeito, conjugação perifrástica): *nescio quid agam* (literalmente “não sei o que eu faça”), *nescio quid egerim* (não sei o que eu tenha feito), *nescio quid acturus sim* (não sei o que eu haja de fazer) - note-se apenas que enquanto em latim é de praxe o subjuntivo, em português fica mais comumente o indicativo: “não sei o que faço, o que fiz, o que farei”; a um tempo perfeito, imperfeito, mais-que-perfeito corresponde um tempo correspondente no subjuntivo (imperfeito, mais-que-perfeito, conjugação perifrástica): *nesciebam quid agerem* (literalmente “eu não sabia o que fizesse”), *nesciebam quid egissem* (eu não sabia o que tivesse feito), *nesciebam quid acturus esset* (eu não sabia o que houvesse de fazer) - também mais comum em português “eu não sabia o que fazia, o que tinha feito, o que faria”.

Com essa visão geral das sequências temporais completa-se um quadro também geral da morfossintaxe do latim. Fora da frase, o estudo do léxico latino e de todas as suas formas apresenta-se incompleto; no discurso, dentro das orações, completo e lógico. Ao cabo dessas considerações, é expletivo salientar as grandes vantagens e os consideráveis ganhos que estudantes e operadores do direito lograrão, notadamente na redação forense, ao se dedicarem ao estudo do idioma de Cícero.

REFERÊNCIAS

AURELIO, M.; SEABRA FILHO, J. R. . **Meditações ou Pensamentos para mim mesmo**. 1. ed. Belo Horizonte: Edições Nova Acrópole do Brasil, 2016.

CARDOSO, Z. A. **Iniciação ao Latim**. S. Paulo, Ática, 6ª. ed., 2006.

CICERO, M. T. C. **Cícero - Sobre o Destino**. Trad. Seabra Filho. 2a. ed. São Paulo: Nova Alexandria, 1993.

FARIA, E. **Dicionário Latino-Português**. Ministério de Educação e Cultura. Rio de Janeiro, 1995.

FARIA, E. **Fonética Histórica do Latim**. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1957.

FARIA, E. **Gramática Superior da Língua Latina**. Rio, Acadêmica, 1958.

FARIA, E. **Introdução à didática do latim**. Rio de Janeiro: Livraria Acadêmica, 1959.

GELIO, A. G. A. ; SEABRA FILHO, J. R. **Aulo Gélío - Noites Áticas**. 1. ed. Londrina: EDUEL, 2010.

MICHEL, Jacques. **Grammaire de Base Du Latin**. Anvers, Sikkell, 1960.

SEABRA FILHO, J. R.; CACHICHI, R.C.D. **O Latim e o Texto Jurídico**. 1a. ed. Campinas: Bookseller, 2006.

SENECA, L. A. **Sêneca - Sobre a tranqüilidade da Alma; Sobre o ócio**. Trad. Seabra Filho. 1a. ed. São Paulo: Nova Alexandria, 1994.

TULIO, C. M. **Acadêmicas**. Trad. Seabra Filho. 1. ed. Belo Horizonte: Edições Nova Acrópole, 2012.

TULIO, C. M. **Cícero - Brutus e a Perfeição Oratória**. Trad. Seabra Filho. 1. ed. Belo Horizonte: Associação Organização Internacional Nova Acrópole do Brasil, 2013.

ZENONI, G. **Sintaxe Latina**. Lisboa, Cucujães, 3a. ed., 1953.

CAPÍTULO XVI

MECANISMOS JURÍDICOS DE CONTENÇÃO DO DUMPING COMO FORMA DE PRESERVAÇÃO DO MERCADO DOMÉSTICO BRASILEIRO

LEGAL MECHANISMS OF DUMPING CONTENTION AS A BRAZILIAN DOMESTIC MARKET PRESERVATION

Daniela Ramos Marinho Gomes
Mestre pela Universidade Estadual de Londrina;
Caroline Martins Garcia
Graduanda pelo Centro Universitário Eurípides de Marília;
Camila Cristina dos Santos
Graduanda pelo Centro Universitário Rurípides de Marília.

RESUMO: No dia 15 de dezembro de 1993 foi aprovado, por consenso dos 117 membros, os textos da Rodada de Uruguai, em cujo documento há o Acordo Antidumping, que visa regular as condições para a aplicação das medidas antidumping de modo a proteger a economia interna dos participantes contra abusos dos países exportadores. Desta forma, este trabalho objetiva demonstrar os mecanismos legais previstos no ordenamento jurídico internacional e brasileiro com intuito de promover a proteção do mercado doméstico, com apontamento dos instrumentos legais que buscam criar medidas de caráter discricionário. A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

PALAVRAS-CHAVE: Dumping; Acordo Geral sobre tarifas e comércio; medidas antidumping.

SUMMARY: On December 15 1993, was approved by consensus of the 117 members the texts of the Round of Uruguay in which among documents, there is the Antidumping Agreement, which aims to regulate the conditions for the application of anti-dumping measures to protect the domestic economy from abuse of exporting countries. Thus, this study aims to demonstrate the legal mechanisms provided for in international law and Brazilian aiming to promote the protection of the domestic market, with appointment of legal instruments that seek to create discretionary measures. The research took place in an exploratory way with bibliographical analysis from data collection on scientific material and information to date on the subject matter.

KEY-WORDS: Dumping; General Agreement on Tariffs and Trade; antidumping measures.

INTRODUÇÃO

Nas últimas décadas deflagraram-se diversas discussões envolvendo a relevância da proteção da economia doméstica e internacional de práticas abusivas.

Em consequência disso, no ano de 1947, foi concluído o Acordo Geral sobre tarifas e comércio, em cujo documento tem como principal objetivo a redução de barreiras tarifárias, através de rodadas de negociação periódicas.

Surgem, em decorrência desse acordo, normas com escopo de coibir práticas mal-intencionadas, dentre elas o dumping, diferenciando-o de outras condutas e regulamentando as medidas antidumping.

Nesta esteira, este trabalho objetiva demonstrar os mecanismos legais previstos no ordenamento jurídico brasileiro com intuito de coibir tais condutas, com apontamento dos instrumentos legais que buscam criar medidas punitivas a fim de proteger o mercado doméstico.

A pesquisa se deu de forma exploratória com análise bibliográfica a partir de coleta de dados em material científico e informativo atualizado sobre o assunto abordado.

Visando tal propósito, o trabalho se inicia definindo a prática do dumping para, em seguida, diferencia-lo de outras práticas, de modo que se torne claro o seu real significado, sem se confundir com outras condutas.

Em seguida, o trabalho apresenta breve digressão sobre as normas que foram criadas ao longo dos anos visando aplicar as medidas antidumping no comércio internacional, destacando desde o GATT 1947 até os dias atuais. Também neste tópico, abordar-se-á o ordenamento jurídico brasileiro e sua legislação sobre o assunto.

Após o delineamento de mencionado aspecto, o trabalho aborda o ponto nodal; qual sejam os principais mecanismos legais vigentes no ordenamento jurídico brasileiro que acenam para a aplicação de medidas antidumping.

1. PARTE CONCEITUAL

1.1 CONCEITOS BÁSICOS

De acordo com Gabrielle Marceau, o termo “dumping” inicialmente surge do islandês arcaico (“thumpa”) que significa “atingir alguém”. (MARCEAU, 1994, p.7).

Dumping também tem origem no verbo inglês “to dump” que traduz o ato de desfazer-se, jogar fora, despejar, de acordo com o Cambridge Dictionary.

Há diversas definições divergentes, tanto de caráter terminológico quanto de caráter epistemológico e valorativo.

O Dicionário Barsa da Língua Portuguesa define dumping como,

Prática comercial de oferecer produtos, em especial no mercado internacional, a preços abaixo do custo, para eliminar concorrentes e conquistar maiores fatias de mercado. (2003, p.345).

Já o Aurélio,

Sistema de economia protecionista que, para incentivar artificialmente a exportação, lança no mercado internacional produtos pelo preço de custo, ou abaixo do custo, elevando-os excessivamente no mercado interno, de forma que compense o prejuízo e favoreça aos trustes e cartéis a colocação dos excedentes. (AURÉLIO, 1995, p.396).

Dentre ambos, a definição mais completa se encontra no Dicionário Aurélio.

O conceito de dumping estará sempre acompanhado por três particularidades: estará sempre relacionado à ideia de prática desleal do comércio; o termo nunca será traduzido, sendo sempre utilizado o vocábulo em inglês; envolverá uma conotação pejorativa, de comportamento condenável.

É frequente a utilização amadora, inclusive no meio jurídico, o emprego inadequado do termo, sendo muitas vezes confundido com a ajuda estatal aos exportadores domésticos (subsídios) ou com a simples venda abaixo do preço de custo no mercado interno (preço predatório).

O Black’s Law Dictionary define dumping como o “ato de vender grandes quantidades a um preço muito abaixo ou praticamente sem considerar o seu preço, correspondendo também à venda de mercadorias no exterior por preço inferior ao do mercado doméstico. (Black’s Law Dictionary. Fifth edition, St. Paul, 1979, p.451 apud TADEI, Marcelo Gazzzi, 2001, p.35.)

A doutrina moderna considera apenas a parte final do conceito presente no Black’s , definição essa que delimita o dumping e o distingue o preço predatório ou underselling.

Por fim, um dos maiores doutrinadores acerca do dumping, Jacob Viner, define o mesmo como a “discriminação de preços entre compradores diferentes em mercados nacionais.

1.2 CONCEITO JURÍDICO

A definição jurídica de dumping é encontrada no artigo VI do GATT 1994:

Art. VI - Para as finalidades do presente Acordo considera-se haver prática de dumping, isto é, oferta de um produto no comércio de outro país a preço inferior a seu valor normal, no caso de o preço de exportação do produto ser inferior àquele praticado no curso normal das atividades comerciais para o mesmo produto quando destinado ao consumo no país exportador.

Contudo, de acordo com o artigo 1 do Código Antidumping, a mera exportação de produtos a preços mais baixos que os praticados no mercado doméstico do país importador não justifica a aplicação das medidas antidumping, devendo ser provado o prejuízo ou ameaça de prejuízo ao mercado interno. Ou seja, para a aplicação das medidas antidumping, não basta a prática do dumping, mas que as suas consequências sejam prejudiciais ao mercado interno.

O artigo 7º do Decreto nº 8.058, de 26 de julho de 2013 define dumping como:

Art. 7º - Para os efeitos deste Decreto, considera-se prática de dumping a introdução de um produto no mercado doméstico brasileiros, inclusive sob as modalidades de drawback, a um preço de exportação inferior ao seu valor normal.

Já o artigo 1º do mesmo decreto prevê quando serão aplicadas as medidas antidumping,

Art. 1º - Poderão ser aplicadas medidas antidumping quando a importação de produtos objeto de dumping causar dano à indústria doméstica.

Por fim, para Fabio Ulhoa Coelho a prática do dumping corresponde “à venda de mercadorias em país onde não são produzidas, por preço inferior àquele praticado no país onde são produzidas” (1995, p.82).

1. TIPOS DE DUMPING

O primeiro a diferenciar as diversas formas de dumping foi Jacob Viner. Desta forma, segundo Viner, o dumping poderia ser: esporádico; permanente ou de curto prazo.

O dumping esporádico realizar-se-ia em situações excepcionais e não resultaria em implicações negativas. Poder ser observado na necessidade de vender o excesso de estoque.

O dumping permanente refere-se aquele mantido por um longo período de tempo. Não teria caráter negativo, já que Viner acreditava que a vantagem para o consumidor no mercado doméstico seria superior aos danos no longo prazo, uma vez que apenas ocorreria o dumping permanente quando o mercado exportador fosse protegido e o mercado interno competitivo.

Por fim, o dumping de curto prazo é o único que Viner atribuía um caráter negativo, dado que o prejuízo para o mercado doméstico seria maior que os benefícios para os consumidores.

Apesar da distinção de Viner, a regulamentação antidumping não distingue os tipos de dumping. Apenas o artigo VI do GATT que dividiria em dumping condenável e não condenável, sendo o último semelhante ao dumping esporádico e ao permanente.

2.1 NOVOS TIPOS DE DUMPING

A doutrina moderna não aceita mais a classificação de Viner, já que as formas de dumping se diversificaram.

Sendo assim, atualmente encontramos as expressões “dumping social”, “dumping cambial”, “dumping ambiental”, “dumping por excedente”, “dumping predatório”, “dumping tecnológico” e “dumping estrutural”.

a) Dumping social: Caracteriza-se pela adoção de práticas desumanas de trabalho, pelo empregador, com o objetivo de reduzir os custos de produção e, assim, aumentar os seus lucros. É o descumprimento reincidente aos direitos trabalhistas, capaz de gerar um dano à sociedade e constituir um ato ilícito. Pode ser entendido como a vantagem comparativa derivada da superexploração de mão de obra nos países em desenvolvimento.

b) Dumping cambial: Se consumaria a partir da manutenção artificial, pelos governos nacionais, de baixas taxas de câmbio, reforçando a competitividade dos preços de exportação e tornando proibitivas as importações. Isto é, seria constatado no momento em que os governos praticam uma manutenção artificial de taxas abaixo do que realmente são.

c) Dumping ambiental ou ecológico: Transferência de unidades produtivas, relacionadas com indústrias poluentes, dos países desenvolvidos para países onde existem menores exigências de proteção ao meio ambiente, desonerando as empresas dos

investimentos necessárias à proteção ambiental. É frequentemente utilizado pelos europeus, e se caracteriza pela utilização de material não reciclável, oriundo de fontes naturais não renováveis.

d) Dumping por excedente: É identificado pela maximização de vendas ao invés de lucros. O excesso de produção seria destinado para a exportação, acarretando em um aumento da oferta do produto e a consequente redução do preço deste no país importador.

e) Dumping predatório: Caracterizado pela busca da eliminação da concorrência que fabrica um produto similar. É semelhante ao que ocorre no mercado interno e, conseqüentemente, a única modalidade condenável.

f) Dumping tecnológico: Quando a tecnologia muda de forma tão rápida que o custo de produção vai ficando cada vez mais baixo.

g) Dumping estrutural: Dá-se quando o mercado tem um excesso de oferta de produto, o que motiva a exportação a preços mais baixos que os praticados no mercado doméstico.

3. APONTAMENTOS NECESSÁRIOS: DISTINÇÃO ENTRE DUMPING E DEMAIS CONDUTAS.

3.1 DUMPING E PREÇO PREDATÓRIO

É frequente a prática do dumping, assim como diversas práticas comerciais. No entanto, ocasionalmente, o dumping é confundido com outras práticas comerciais, que por mais semelhantes que sejam não devem ser confundidas, principalmente sob o ponto de vista jurídico. A prática mais comum a ser confundida erroneamente com o dumping é o preço predatório.

Conforme as palavras dos doutrinadores Jorge Fagundes e Fabio Kanczuk, preços predatórios reduções de preços cuja lucratividade somente pode ser explicada a partir de uma estratégia de obter poder de mercado por meio da eliminação ou da disciplina (inibição das condutas competitivas) de um rival efetivo ou potencial, isto é, preços predatórios são preços que maximizaram lucros somente em função e seus efeitos exclusionários ou anticompetitivos (aumento de preços no longo prazo e redução das quantidades ofertadas).

O CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) editou a resolução 20/99, definindo preço predatório como a “prática deliberada de preços abaixo do custo variável médio, visando eliminar concorrentes pra, em momento posterior poder praticar preços e lucros mais próximos do nível monopolístico”.

O SEAE (Secretaria de Acompanhamento Econômico), em sua portaria 70/2002, tem uma definição similar a do CADE e assevera que preço predatório é “venda injustificada da mercadoria abaixo do preço de custo que produza efeitos ou tenha como objeto prejudicar a livre concorrência, dominar mercado relevante de bens e serviços, aumentar arbitrariamente os lucros ou exercer de forma abusiva a posição dominante”.

Com base nas definições, Paula Forgioni observou que apenas para empresas com um razoável poder econômico, e que poderiam suportar o prejuízo, a prática seria interessante. Além disso, é evidente que os concorrentes não sejam tão fortes, de modo que possam ser eliminados pelos preços predatórios mais facilmente. Por conseguinte, tal prática deve ter um prazo para produzir os efeitos desejados, que no futuro deverão compensar os prejuízos sofridos.

Para o CADE, para configurar a prática do preço predatório é necessário observar três condições: a) a fraqueza das concorrentes; b) existência de barreiras ao regresso ao mercado; c) os lucros a serem auferidos no futuro devem superar as perdas. Ademais, a portaria 70/2002 da SEAE exige que os preços praticados sejam inferiores ao custo médio adotando o critério de Areeda e Turner.

Com fundamento nesses elementos, pode-se afirmar que a prática de dumping não se confunde com o preço predatório, fato que já foi reconhecido pelo próprio CADE. É necessário frisar que não é essencial o intuito predatório no dumping, nem a venda abaixo dos custos de produção. Pode haver a prática concomitante das duas condutas, do mesmo modo que pode não haver qualquer relação entre tais condutas.

Primeiramente, a prática do dumping sempre estará relacionada ao comércio internacional, sendo tratada pela SECEX (Secretaria de Comércio Exterior) no caso do Brasil. Já o preço predatório será tratado pelo CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), que não tem competência para investigar o dumping.

O dumping não exige a intenção de eliminar a concorrência ou aumentar os lucros, tornando a prova no preço predatório mais metódica que no dumping. Por fim, o objetivo da punição do preço predatório sempre terá por objetivo a proteção do consumidor, ao passo que a punição do dumping tem por objetivo a proteção da indústria nacional.

a. DUMPING E UNDERSELLING

O underselling configura-se pela venda de produtos abaixo do seu preço de custo, independente da intenção do produtor. Contrário ao preço predatório, que se configura pela venda de determinado produto abaixo do seu preço de custo a fim de eliminar a concorrência ou maximizar os lucros. O underselling nem sempre será punível, ao passo que o preço predatório sempre será.

Vale destacar que a prática do dumping consiste na discriminação de preços em diferentes mercados, não sendo necessário ter uma característica predatória tampouco a venda abaixo dos custos de produção.

Em primeiro lugar, o dumping estará sempre relacionado ao comércio interior, quando o underselling é ligado ao comércio interno. Por fim, como já destacado, no dumping, não é essencial venda de produtos abaixo do custo de produção, mas apenas a valores inferiores ao valor normal praticado no mercado exportador.

b. DUMPING E SUBSÍDIOS

Pode-se definir subsídios como “contribuições financeiras por governo ou órgão público que implique em transferência direta dos fundos, receitas públicas devidas que sejam perdoadas ou deixem de ser recolhidas e, finalmente, fornecimento de bens e serviços, além daqueles destinados à infraestrutura geral” (GUEDES; PINHEIRO. 1996 p.84.).

Conforme o Acordo sobre subsídios e medidas compensatórias (ASMC), os subsídios representam a concessão de vantagens por meio de uma contribuição governamental, envolvendo o repasse direto de fundos ou de obrigações, as transferências de mercadorias ou de serviços feitas pelo próprio Estado, ou em seu nome, além daqueles que compõem a infraestrutura geral, abrangendo os incentivos fiscais, renúncia de receitas públicas ou qualquer forma de sustentação ao preço do produto.

Podem ser classificados como proibidos, recorríveis ou irrecorríveis.

Os recorríveis podem gerar efeitos desfavoráveis a outro país, como danos a produção nacional ou anulação de vantagens já consolidadas. Os irrecorríveis são aqueles permitidos pelo Acordo de subsídios e medidas compensatórias (ASMC), já que não restringem ou geram distorções no comércio internacional. Por fim, os proibidos estão

associados ao desempenho exportador do país e ao incentivo no uso de mercadorias nacionais, em detrimento das mercadorias importadas.

O ASMC reconhece a importância dos subsídios para programas de desenvolvimento econômico dos países em desenvolvimento, de modo que os que se enquadrarem no anexo VII do ASMC podem adotar os subsídios proibidos. A concessão dos subsídios surge como uma manifestação do princípio da desigualdade compensadora, permitindo um maior desenvolvimento de todos os países membros da OMC, já que, juridicamente, são os países considerados mais frágeis que possuem tal vantagem.

A concessão de subsídios não se confunde com a prática do dumping, ao passo que os subsídios envolvem uma atuação estatal, através da transferência direta ou indireta de recursos ou concessão de incentivos, para tornar os preços mais competitivos. Enquanto o dumping é uma prática privada que decorre apenas da atuação do empresário, sem qualquer intervenção estatal.

4. BREVE HISTÓRICO – MEDIDAS ANTIDUMPING

4.1 MEDIDAS ANTIDUMPING NO ÂMBITO MUNDIAL

O pioneiro na implantação de normas contra a prática do dumping foi o Canadá, em 1904. Tal norma previa a imposição de direitos antidumping equivalentes à diferença entre o preço praticado no Canadá e o preço do produto similar no país de exportação. Uma medida nitidamente protecionista, que não levava em consideração a intenção do exportador.

Seguindo o exemplo do Canadá, outros países aderiram a norma: Nova Zelândia (1905), Austrália (1906), Japão (1910), África do Sul (1914), Estados Unidos (1916) e Reino Unido (1921). Pode-se perceber que as medidas antidumping são recentes, e que a expansão do comércio internacional foi o principal motivo para a sua adoção.

c. GATT 1947 – ACORDO GERAL SOBRE TARIFAS E COMÉRCIO

Concluído em outubro de 1947, tinha como principal objetivo a redução de barreiras tarifárias, através de rodadas de negociação periódicas, envolvendo sempre um grande número de países. Foram promovidas oito rodadas de negociação: Rodada de

Genebra (1947), que envolveu 23 países e tratou da redução de tarifas; Rodada Annecy (1949), com 13 países, também buscando a redução de tarifas; Rodada Torquay (1951), com 38 países, visando a redução de tarifas; Rodada de Genebra (1956), com 26 países, negociando redução de tarifas; Rodada de Dillon (1960-61) com 26 países, a última a envolver apenas a redução de tarifas; Rodada de Kennedy (1964-67), com 62 países, visando a redução de tarifas e medidas antidumping; Rodada de Tóquio (1973-79) com 102 país, tratou de redução de tarifas, barreiras não tarifárias e acordos relativos ao marco jurídico; Por fim, a Rodada de Uruguai (1986-94), a mais importante, com 123 países.

i. A RODADA DE KENNEDY (1964-67)

O artigo VI do GATT 147 definiu a prática de dumping, e foi durante essa rodada que surgiu a preocupação dos negociadores com os termos inseridos no artigo VI, que permitia sua utilização como barreira não tarifária. Surge assim o Código Antidumping de 1967, no qual foram inseridas diversas exigências procedimentais e critérios para a aplicação de medidas antidumping.

O Código Antidumping esclareceu alguns conceitos, como o de indústria doméstica, produto similar e relação causal.

ii. A RODADA DE TÓQUIO (1973-79)

Foi o primeiro fórum de negociações a debater barreiras não tarifárias ao invés de barreiras tarifárias ao comércio. Foram concluídos nove Códigos de barreiras não-tarifárias, dentre eles o de Subsídios e Medidas Compensatórias

Os Estados Unidos, assim como a Comunidade Europeia enfrentaram um problema, já que sua legislação interna não exigia a causalidade direta mencionada no Código Antidumping. De modo que, grande parte das negociações se voltou para a determinação da causalidade, resultando em uma revisão do Código de 1967.

Entretanto, o Código de 1979 deixou várias ambiguidades, mais visíveis à medida que as normas antidumping passaram a ser aplicadas com maior frequência.

iii. A RODADA DE URUGUAI (1986-94)

Até 1990, as negociações não apresentaram grandes avanços, até o momento em que o Canadá propôs a criação de uma Organização Internacional do Comércio, recebendo o apoio da Comunidade Europeia.

O Diretor-Geral do GATT, Arthur Dunkel, reuniu todas as propostas no Texto Dunkel, sendo configurado um acordo final. Tal acordo foi assinado na reunião ministerial de Marrakech, prevendo a vigência dos diversos acordos e a criação da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1995. Dentre os vários acordos, o principal texto é o que estabelece a OMC.

Dentre as principais conquistas da Rodada de Uruguai, vale ressaltar:

I) com exceção do Anexo IV (acordos plurilaterais), todos os demais são obrigatórios para os membros da OMC, não sendo possível os participantes escolherem quais querem participar.

II) a OMC é uma organização internacional, com personalidade jurídica própria.

III) impossibilitou os Membros de invocar legislação pré-existente à Rodada de Uruguai.

No entanto, a relevância do Acordo Antidumping foi descoberta ao longo da Rodada de Uruguai, já que o tema nem sequer estava entre os tópicos da negociação. Tal inclusão ocorreu apenas em maio de 1987, por iniciativa da Coreia, que tinha seus produtos constantemente afetados por medidas antidumping nos Estados Unidos, Canadá e Comunidade Europeia.

Toda negociação acerca do Acordo Antidumping teve dois posicionamentos: O mais liberal, representado por países que sofriam com a aplicação das medidas antidumping e o protagonizado pelos Estados Unidos e Comunidade Europeia, que buscavam legitimar as medidas antidumping.

O resultado da negociação foi muito afetado pela posição adotada pelos Estados Unidos, refletindo que a política interna do mesmo afeta indubitavelmente as negociações internacionais.

Tal divergência de posicionamentos resultou em um longo processo de negociações, que se estendeu até novembro de 1993, a tempo de incluir a versão definitiva do AAD (Acordo Antidumping) na Ata Final da Rodada de Uruguai. Ainda assim, as últimas setenta e duas horas de negociação, em dezembro de 1993, tiveram como objeto o AAD, o que resultou em um texto extremamente ambíguo.

Os textos da Rodada de Uruguai foram aprovados por todas as 117 delegações, no dia 15 de dezembro de 1993.

d. MEDIDAS ANTIDUMPING NO BRASIL

Ao contrário dos principais membros da OMC, a regulamentação antidumping no Brasil é recente, surgindo apenas em 1987, durante a Rodada de Tóquio, onde foi legitimado o Código Antidumping da Rodada de Tóquio, sendo conferido à CPA (Comissão de Política Aduaneira) a atribuição de administrá-lo.

No entanto, a economia continuou fechada, com altas tarifas aduaneiras e inúmeras barreiras não tarifárias. Apenas em 1993, as tarifas foram reduzidas e as barreiras não tarifárias foram eliminadas, expondo o país a concorrência internacional.

Em 1991 a CPA foi extinta, e o sistema de defesa comercial foi reestruturado, deslocando as atribuições da CPA para o DTT (Departamento Técnico de Tarifas). Concomitantemente, foi observado um aumento de 1.400% no número de investigações antidumping iniciadas pelo país.

Diante do decreto nº 1.355, de 30 de dezembro de 1994, o Acordo Antidumping entrou em vigor em 1995, e todas as investigações deveriam ser conduzidas segundo as normas e procedimentos previstos pelo decreto.

CONCLUSÃO

A par de todo o exposto, conclui-se pela relevância do tema que o dumping, quando praticado visando lucros maiores ou uma ação predatória, deve ser regido tanto pela legislação brasileira quanto pela legislação internacional, a fim de preservar a economia internacional como um todo.

Apesar do dumping de caráter predatório ser de rara ocorrência na prática, a legislação não deve deixar lacunas para a prática de tal conduta, de modo que, caso ocorra, o mercado doméstico estará amparado por sua legislação e pela OMC.

Frisa-se também o caráter discricionário da aplicação das medidas antidumping, nessa conformidade, a aplicação de tais medidas se submete a arbitrariedade dos órgãos responsáveis, que poderão analisar se o dumping foi condenável ou não.

A Rodada de Uruguai foi um marco no comércio internacional, que culminou na criação da Organização Mundial do Comércio e tratou do Acordo Antidumping de forma

extensa, dando mais proteção a economia tanto interna quanto externa dos países envolvidos.

O decreto 1.355 de 1994 conferiu maior força aos mecanismos jurídicos preexistentes na legislação brasileira, aderindo a todas as decisões tomadas durante a Rodada de Uruguai e resguardando a economia doméstica.

REFERÊNCIAS

BARRAL, Welber. Dumping e comércio internacional. Canada. 2013.

FERREIRA, Carolina Assed. Os impactos da prática de dumping no comércio internacional. Revista eletrônica da faculdade de direito da PUC-SP. São Paulo. 2009. <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/1717/1099>>. Acesso em: 01 de julho de 2016.

DI SENA JÚNIOR, Roberto. O dumping e as práticas desleais de comércio exterior. Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 5, n. 44, 1 ago. 2000. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/768>>. Acesso em: 20 jul. 2016.

GUEDES, Josefina Maria M.M; PINHEIRO, Silvia M. Anti-dumping, subsídios e medidas compensatórias. 2ª Edição. São Paulo: Aduaneiras, 1996.

Decreto n° 1.355. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/antigos/d1355.htm>. Acesso em: 25 jun. 2016.

BARRAL, Welber. O Brasil e a OMC. 1ª Edição. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

General Agreement on tariffs and trade 1994. Disponível em <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/06-gatt.pdf>. Acesso em: 25 de junho de 2016.

SILVA, Aline Rocha da. Dumping e direito internacional econômico. Revista do Programa de Mestrado em Direito da Uniceub. Brasília, jul./dez 2005.

Disponível em: <<http://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/index.php/prisma/article/viewFile/199/174>>. Acesso em: 01 jul. 2016.

TADDEI, Marcelo Gazzi. O dumping e as normas internas de proteção à concorrência empresarial. Franca. 2001.

Capítulo XVII

O GREENING DO CONTRATO DE TRABALHO E A RESPONSABILIDADE CIVIL PELOS DANOS NO MEIO AMBIENTE LABORAL

THE GREENING OF THE WORK CONTRACT AND THE CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES IN THE ENVIRONMENTAL WORKPLACE

CARLOS EDUARDO SILVA E SOUZA¹⁶

VIVIAN GERSTLER ZALCMAN¹⁷

PRISCILA ASSUNÇÃO LOPES¹⁸

RESUMO: O presente estudo tem o objetivo de analisar a obrigação e consequente responsabilidade civil do empregador pela inadimplência quanto a não manutenção do meio laboral saudável, adequado e equilibrado, baseando-se nos princípios ambientais de prevenção e precaução. A problemática reside na apreciação de qual é o impacto do reconhecimento do meio ambiente do trabalho como direito fundamental em relação ao contrato de trabalho e uma possível responsabilização no caso de sua inobservância. Com esse propósito, o trabalho foi construído em quatro partes. A primeira dedica-se a compreensão da própria figura do meio ambiente do trabalho. A segunda volta-se para análise da obrigação do empregador na manutenção do meio ambiente do trabalho na sua faceta sadia e de qualidade. A terceira parte busca compreender a responsabilidade civil decorrente dos danos ocasionados pela falta de manutenção do meio ambiente laboral nas condições adequadas. A quarta e última parte volta-se para análise do papel do Ministério Público do Trabalho nesse contexto. O presente trabalho utiliza-se da pesquisa bibliográfica, analisando o posicionamento dos estudiosos sobre o assunto, assim como observando o entendimento jurisprudencial.

PALAVRAS CHAVE: Meio ambiente do trabalho. Obrigação. Responsabilidade Civil. Prevenção. Precaução.

¹⁶ Doutor em Direito pela FADISP. Mestre em Direito pela UFMT. Professor dos cursos de Graduação e Mestrado em Direito da Faculdade de Direito da UFMT. Coordenador de Pesquisa da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Coordenador Pedagógico da Escola Superior de Advocacia de Mato Grosso. Líder do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo da FD/UFMT. Sócio-Diretor do Escritório Silva Neto e Souza Advogados.

¹⁷ Mestranda em Direito pela PUC/SP. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo da FD/UFMT. Professora de Direito Civil e Processo Civil em diversas Instituições. Pós-Graduada em Direito de Família e Sucessões pela PUC/SP, em Direito Civil e Processo Civil, bem como em Direito Público pela Faculdade de Direito Damásio de Jesus. Sócia-Diretora do Escritório Zalcmán Advogados Associados.

¹⁸ Aluna de graduação em Direito na Universidade Federal do Mato Grosso. Integrante do Grupo de Pesquisa de Direito Civil Contemporâneo da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Mato Grosso. Aluna Voluntária do Programa Institucional de Iniciação Científica 2015/2016 da Universidade Federal de Mato Grosso.

ABSTRACT: This study aims to analyze the obligation and consequent liability of the employer by default as not maintaining a healthy working environment, appropriate and balanced, based on the environmental principles of prevention and precaution. The problem lies in assessing what is the impact of the recognition of the working environment as a fundamental right in relation to the employment contract and a possible liability in the event of their failure. For this purpose, the work was built in four parts. The first is dedicated to the understanding of the figure of the working environment. The second turns to the employer's obligation analysis in maintaining the working environment in a healthy aspect and quality. The third part seeks to understand the liability for damages caused by the lack of maintenance of the environment work environment under appropriate conditions. The fourth and final part turns to analyzing the role of the Ministry of Labor in this context. This work is used the literature, analyzing the position of the scholars on the subject, as well as observing the jurisprudential understanding.

KEYWORDS: Environmental workplace. Obligation. Civil responsibility. Prevention. Precaution.

INTRODUÇÃO

O desenvolvimento acelerado dos modos de produção agravados pela globalização econômica implicou em novas formas de trabalho e, conseqüentemente, novos riscos e desafios a serem enfrentados. Um desses desafios é tornar o meio ambiente do trabalho adequado, a fim de proteger o trabalhador contra os riscos e perigos decorrentes do exercício das atividades produtivas.

Ao lado da dinâmica crescente e competitiva do mercado, a busca por uma economia verde, por meio de políticas ambientais nas indústrias e na agricultura, envolve temas diretamente imbricados ao meio ambiente do trabalho, visto que a preservação do meio ambiente como um todo abrange também este.

Contudo, uma economia sustentável que preserve o ambiente depende de um trabalho decente, sendo este definido como o trabalho que possibilite o desenvolvimento e promoção de oportunidades para homens e mulheres de modo a fazer com que sejam capazes de se desenvolverem em condições de segurança, liberdade e igualdade, de forma a preservar sua dignidade como pessoa humana.

Assim, buscam-se, no direito, formas de tutela do meio laboral, seja no contexto do esverdeamento das obrigações contratuais que se impõe ao empregador, bem como na

responsabilização civil em razão dos danos da inobservância imposição contratual que a ele recai.

O problema central da pesquisa aqui apresenta reside na possibilidade de se compreender o meio ambiente do trabalho e os seus impactos em relação ao contrato de trabalho, bem como na imposição do dever de reparação por conta dos danos decorrentes de sua inobservância.

O trabalho, assim, é construído em quatro partes: a) a primeira está voltada para a compreensão da faceta laboral do meio ambiente; b) a segunda dedica-se a inteligência da manutenção do meio ambiente do trabalho sadio e de qualidade como obrigação do empregador no curso do contrato de trabalho; c) a terceira parte é voltada para a responsabilidade civil por danos decorrentes do descumprimento da obrigação de viabilizar e proporcionar o meio ambiente laboral em condições adequadas; d) a quarta parte, por sua vez, busca vislumbrar qual seria o papel do Ministério Público do Trabalho nesse contexto.

O artigo aqui apresentado norteou-se, sobretudo, pela pesquisa bibliográfica e documental, tendo ainda se servido do método de abordagem qualitativo e dedutivo de análise de dados.

1. MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A concepção contemporânea de meio ambiente do trabalho está relacionada aos direitos fundamentais do ser humano como a dignidade, saúde e segurança. Assim, a valorização do meio laboral importa em considerar que o homem tem superioridade com relação aos meios de produção e que o trabalho é feito para ele e não o contrário. Interessante é a definição de meio ambiente do trabalho feita por José Afonso da Silva, qual seja:

Merece referência em separado o meio ambiente do trabalho, como o local em que se desenrola boa parte da vida do trabalhador, cuja qualidade de vida está, por isso, em íntima dependência da qualidade daquele ambiente. É um meio ambiente que se insere no artificial, mas digno de tratamento especial, tanto que a Constituição o menciona explicitamente no art. 200, VIII, ao estabelecer que uma das atribuições do Sistema Único de Saúde consiste em colaborar na proteção do ambiente, nele compreendido o do trabalho. O ambiente do trabalho é protegido por uma série de normas constitucionais e legais destinadas a garantir-lhe condições de salubridade e de segurança. O ambiente do trabalho é um complexo de bens imóveis e móveis de uma empresa e de

uma sociedade, objeto de direitos subjetivos privados e de direitos invioláveis da saúde e da integridade física dos trabalhadores que o frequentam.¹⁹

O meio ambiente, enquanto bem jurídico protegido pelo direito, é classificado sob quatro prismas diferentes: meio ambiente natural, meio ambiente artificial, meio ambiente cultural e meio ambiente do trabalho. Verifica-se, desse modo, que o sistema jurídico brasileiro abrangeu a tutela ambiental em todas as suas formas.

O meio ambiente natural é aquele composto pelos recursos naturais, tais como: água, solo, gases, fauna e flora. Esse é o conceito de meio ambiente usualmente conhecido pela população em geral.

Meio ambiente artificial é aquele construído ou alterado pelo ser humano, consistindo nas construções, edifícios, vias públicas, praças, dentre outros. Em regra, o conceito é usado para definir espaços urbanos, contudo, tal classificação não exclui determinados espaços do meio rural, quando nele há regiões transformadas e construídas.

Considera-se meio ambiente cultural o patrimônio historicamente adquirido pela nação incluindo as relações culturais, paisagísticas, científicas e arqueológicas, compondo-se tanto de bens de natureza material quanto imaterial como língua, música, dança e costume.

O meio ambiente do trabalho, objeto de análise do presente estudo, é considerado uma extensão do meio ambiente artificial, composto pelos elementos que formam o local de exercício da atividade laboral, tais como ferramentas, elementos biológicos, químicos e físicos, as operações e relação entre trabalhador e o meio. Em síntese, consiste no local onde o empregado exerce suas atividades e os elementos que o circundam. Conforme explicita Celso Antônio Pacheco Fiorillo:

[...] constitui meio ambiente do trabalho o local onde as pessoas desempenham suas atividades laborais relacionadas à sua saúde, sejam remuneradas ou não, cujo equilíbrio está baseado na salubridade do meio e a ausência de agentes que comprometam a incolumidade físico-psíquica dos trabalhadores, independentemente da condição que ostentem (homens ou mulheres, maiores ou menores de idade, celetistas, servidores públicos, autônomos, etc.).²⁰

No ordenamento jurídico brasileiro, o meio ambiente do trabalho é referenciado no caput do artigo 225 da Constituição Federal, bem como no artigo 200 VIII onde recebe

¹⁹ SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3 ed. São Paulo, Malheiros, 2000, p. 23.

²⁰ FIORILLO, Celso Antônio Pacheco, **Curso de direito ambiental brasileiro**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 73.

tutela imediata e colaboração do Sistema Único de Saúde.²¹ No entendimento de Sebastião Geraldo Oliveira:

O meio ambiente do trabalho está inserido no meio ambiente geral (art. 200, VIII da Constituição da República), de modo que é impossível alcançar qualidade de vida sem ter qualidade no trabalho, nem se pode atingir um meio ambiente equilibrado e sustentável, ignorando o meio ambiente do trabalho. Dentro desse princípio, a Constituição de 1988 estabeleceu expressamente que a ordem econômica deve observar o princípio da defesa do meio ambiente.²²

A manutenção de um meio laboral sadio e equilibrado se faz importante na medida em que as relações e consequências físicas e psíquicas provindas dele transcendem a esfera da indústria, do campo e de qualquer outro local em que o obreiro presta seus serviços ao empregador, haja vista que tais consequências, sejam elas positivas ou negativas, serão refletidas e sentidas no meio social e familiar com efeitos diretos na vida e saúde do empregado.

2. A OBRIGAÇÃO DO EMPREGADOR QUANTO À MANUTENÇÃO DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO SAUDÁVEL

A Constituição Federal contempla, em seu artigo 7º, inciso XXII, o direito à redução dos riscos inerentes ao trabalho por meio de normas de saúde, higiene e segurança. Assim, entende-se que o meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável é elevado ao nível de direito fundamental pela Constituição, sendo que se relaciona diretamente com os demais direitos humanos corolários do princípio da dignidade da pessoa humana.

Verifica-se, no texto constitucional, estrita correlação mantida entre as questões sociais e ambientais. No artigo 1º da Lei Maior, a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa são apresentados como fundamentos da República. Em seguida, no artigo 3º, dentre os objetivos da República, está o de construir uma sociedade livre, justa e solidária. Veja-se que, sem um meio ambiente sadio e equilibrado, não há como exercer um trabalho digno que possibilitará condições básicas de subsistência, restando prejudicada a qualidade de vida das presentes e futuras gerações.

²¹ BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de fev. 2016.

²² OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica a saúde do trabalhador**. 5 ed. São Paulo: Ltr, 2010, p. 118.

Os alicerces da tutela do meio ambiente do trabalho estão diretamente ligados com a proteção da dignidade do homem em seu aspecto físico, psicológico e social. Dessa forma, ante a um direito tão importante, como o que aqui se discute, necessário se faz que haja meios de tutela efetiva para sua proteção.

As normas de regulamentação e proteção ao meio ambiente do trabalho visam resguardar o trabalhador para garantir-lhe boa qualidade de vida, desenvolvimento e dignidade como pessoa humana, merecedora de proteção frente aos riscos e ganancias dos meios produtivos que se tornam cada vez mais agressivos e competitivos, tendentes a descumprirem as normas trabalhistas, já que, muitas vezes, tais infrações se tornam vantajosas frente à margem de lucros obtidos, tudo isso a depender de um cálculo de probabilidade.

Assim como em qualquer contrato ou acordo de vontades, seja ele formalizado ou não, a relação gerada faz surgir deveres e obrigações para ambas às partes. O direito do empregado a boas condições sanitárias e de conforto nos locais de trabalho surge com o contrato de trabalho, objeto que dá início à relação empregatícia.

Importante explicitar que é prescindível a existência de um contrato formal, bastando que estejam presentes os requisitos da relação de emprego para que surja o direito do empregado e o dever do empregador com relação ao ambiente de trabalho e demais direitos e obrigações decorrentes.

É importante ressaltar que, atualmente, pela característica eminentemente difusa, predicado inerente a todo meio ambiente, a concepção do direito ao meio ambiente do trabalho seguro e equilibrado tende a abranger não só a tutela da saúde, conforto e segurança dos trabalhadores subordinados, mas também de todos aqueles que estão envolvidos nas relações de trabalho, independente do vínculo que possuem com o empregador.

Tal como se vê, a imposição ao empregador, no curso do contrato de trabalho, da viabilização e manutenção de um meio ambiente laboral e sadio implica na necessidade de se vislumbrar o esverdeamento sofrido pelo pacto trabalhista com a perspectiva aqui apresentada.

Resta vislumbrar a possibilidade do empregador não cumprir com a faceta verde do contrato de trabalho e, dessa conduta, se originar danos²³ ou a ameaça de sua ocorrência, de tal forma a se cogitar a análise da serventia e aplicação do instituto da responsabilidade civil. É justamente o que se proporá na próxima seção do presente trabalho.

3. O SISTEMA DE RESPONSABILIDADE AMBIENTAL APLICADO À TUTELA DO MEIO AMBIENTE DO TRABALHO

A responsabilidade civil é o dever jurídico em que a pessoa se apresenta em virtude de um contrato ou fato para satisfazer o convencionado ou, eventualmente, suportar as sanções legais cabíveis. É também instrumento adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro para promover a tutela dos direitos fundamentais diante da lesão ou ameaça de lesão.²⁴

O direito fundamental ao meio ambiente laboral equilibrado consiste em um direito oponível ao empregador pelo qual emanam deveres de proteção e respeito. Nesse sentido, a figura da responsabilidade civil, decorrente da obrigação que surge pelo contrato de trabalho, é que vem a garantir que o empregador, definido como aquele que admite, assalaria e dirige a prestação pessoal dos serviços, assumindo os riscos da atividade econômica, repare os danos causados aos seus empregados.

O ambiente de trabalho saudável é um direito passível de ser previamente exigido ou executado sem que tenha havido a ocorrência de lesão aos bens jurídicos protegidos por meio dele, fortalecendo assim a possibilidade de responsabilização preventiva do empregador, uma vez que embora a proteção do ambiente laboral seja instrumento para tutelar a vida, saúde e integridade física do trabalhador, ele consiste em um direito autônomo que enseja proteção jurídica por si só.

A adoção de medidas preventivas e de precaução não constitui ato meramente facultativo do empregador, ao contrário, é dever que decorre do contrato de trabalho, pois nele há cláusula implícita de proteção à higidez física e psíquica do empregado.

²³ Para maiores detalhes sobre o conceito de dano, no direito pátrio e no direito comparado, ver SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 333-348.

²⁴ VIEIRA, Valmir Inácio. **Trabalhador informal: direito à saúde: responsabilidade civil do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010, passim.

A inobservância a esse dever pode implicar na necessidade de se socorrer ao instituto da responsabilidade civil na sua perspectiva preventiva ou repressiva. O artigo 14 § 1º da lei de Política Nacional do Meio Ambiente trata da responsabilidade pelos danos causados ao meio ambiente, nos seguintes termos:

(...) é o poluidor obrigado, independentemente da existência de culpa, a indenizar ou reparar os danos causados ao meio ambiente e a terceiros, afetados por sua atividade. O Ministério Público da União e dos Estados terá legitimidade civil e criminal, por danos causados ao meio ambiente.²⁵

A norma em destaque menciona a responsabilidade do poluidor, porém, a determinação também se aplica ao degradador do meio ambiente do trabalho, visto ser uma ramificação do meio ambiente, conforme já explicitado. Nesse sentido, é objetiva a responsabilidade do empregador pelos danos decorrentes do meio laboral.

Como já dito em linhas volvidas, a proteção ao meio ambiente do trabalho não implica tutela somente a esse direito autonomamente, haja vista que a maior proteção visada são os direitos fundamentais decorrentes dele, tal como a vida e saúde.

Dessa forma, o sistema de responsabilidade ambiental, orientado pelos princípios da precaução e prevenção, também é meio adequado de tutela do meio ambiente do trabalho, pois fazer a interpretação da Consolidação das Leis do Trabalho, bem como de outras normas trabalhistas tendo como base os princípios ambientais, forma um complexo protetivo mais adequado e capaz de resguardar o trabalhador para a não ocorrência do dano.

Relativamente aos princípios da precaução e prevenção, embora muito tênue a diferença entre eles, a doutrina estabeleceu uma definição um pouco distinta para cada um. A precaução visa a proceder medidas imediatas de prevenção da degradação ambiental nas situações em que o resultado danoso ainda não é totalmente conhecido, oportunizando o controle e adoção de medidas cabíveis, ao passo que a prevenção é a aplicação de procedimentos preventivos antes da execução da atividade perigosa de modo a evitar o dano que já se conhece.

Como exemplo de medidas de prevenção, pode-se citar a utilização de equipamentos de proteção individual e coletiva nas atividades perigosas, a

²⁵ BRASIL. Lei 6.938/1981. Disponível em:
<<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>. Acesso em 10 de Jan. 2016

implementação dos Serviços Especializados em Engenharia de Segurança e em Medicina do Trabalho (SESMT), da Comissão Interna de prevenção de Acidentes (CIPA), do Controle Médico de Saúde Ocupacional (PCMSO) e elaboração de programa do Prevenção de Riscos Ambientais (PPRA). Todas essas medidas estão disciplinadas por Normas Regulamentadoras expedidas pelo Ministério do Trabalho e Emprego além da Consolidação das Leis Trabalhistas que possui um capítulo especial dedicado a discriminar as normas de proteção que impõem as condições de trabalho mínimas que os empregadores deverão garantir aos seus empregados.²⁶

Dessa maneira, a responsabilidade civil é vista de outra forma, na medida em que é também utilizada como modo de prevenir evitando o dano e não somente como forma repressiva, após a consecução da lesão, uma vez que esta pode ter resultado irreversível. Isso se dá na medida em que é juridicamente possível exigir judicialmente que o empregador cumpra tais normas e regras de prevenção para com os empregados pelas quais se obrigou em virtude do contrato, antes mesmo da ocorrência de acidentes ou do diagnóstico de doenças ocupacionais.

A responsabilidade civil será tão mais eficaz na medida em que puder evitar a ocorrência do dano, mudando assim a visão clássica desse instituto dando-lhe um contorno constitucional. Essa mudança de visão sobre a responsabilidade vem se mostrando consequência do fenômeno da civilização dos direitos fundamentais (ou, como preferem alguns, a constitucionalização do direito privado), marca do direito civil contemporâneo, e o mais interessante é que é plenamente possível levar essa nova proposta para outros ramos do direito, sobretudo, para o direito do trabalho.

O bem mais caro do ser humano é a vida, que consiste em um direito fundamental derivado da personalidade possuindo a característica de ser bem extrapatrimonial, não comporta por tanto reparação repressiva, porquanto se mostra incapaz de satisfazer ou de trazer de volta o bem violado.

Tome-se, como exemplo hipotético, um empregado de empresa frigorífica, submetido a condições penosas e insalubres de trabalho, acometido por doença infecciosa decorrente de drástica exposição a câmaras frias, sem usufruir dos intervalos térmicos, bem como contato direto com material biológico sem o uso de equipamentos de proteção.

²⁶ SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. **A imputação da responsabilidade preventiva para a tutela integral do meio ambiente do trabalho e dos direitos fundamentais conexos**. Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da Codemat. São Paulo: LTr, 2013, p. 63-80

Imagine-se que este mesmo trabalhador venha a sucumbir mediante a tal infecção gravosa de que foi acometido.

A triste situação exemplificada é ainda, por vezes, a verdadeira realidade de muitas famílias no Brasil. O dano fatal decorrente das condições precárias de trabalho não poderá ser revertido, restando assim fracassada a tentativa de tutela por meio da responsabilidade civil pura e simplesmente, a não ser pelos danos reflexos e indenizações que a família deste suposto trabalhador terá direito, contudo, o bem maior não poderá mais ser restaurado.

Com essa pequena ilustração, percebe-se que o sistema amplo e avançado da responsabilidade ambiental é muito mais adequado para tutela do meio ambiente do trabalho, uma vez que, em uma sociedade de risco e de perigos²⁷, a proteção simplesmente repressiva e patrimonialista é uma escolha deficiente.

Por tudo isso, pode-se dizer que os princípios da precaução e da prevenção encontram aplicação também no contrato de trabalho, na medida em que o empregador que deixa de prover um meio ambiente de trabalho seguro não age com boa fé, em consequência, não observando a função social do contrato.

Assim, evidencia-se pela responsabilidade preventiva dos empregadores e não somente a de reparação, sendo que a prevenção e precaução deveriam ser a regra. Tal concepção evolutiva da responsabilidade civil confere maior segurança a toda sociedade que se submete diariamente a inúmeros fatores potencialmente perigosos.

Não obstante a isso, é inegável ser direito irrefutável do trabalhador ir a juízo para requerer a reparação dos danos sofridos e, de modo algum, deve-se entender o contrário, mas o fato é que a reparação pecuniária do dano não é uma atitude que se deve ter como prioritária, uma vez que a monetização do risco não torna o dano menos prejudicial ao trabalhador, embora haja cada vez mais ações trabalhistas para cobrança de adicionais de insalubridade, periculosidade e indenizações, ao passo que poucas são as vezes em que o trabalhador ou mesmo os sindicatos propõem ação requerendo o direito ao meio ambiente laboral saudável, ficando isso, de fato, a cargo do Ministério Público do Trabalho.

Felizmente os Tribunais brasileiros, quando provocados, tem se manifestado no sentido de condenar as empresas a prestações positivas a fim de evitar o risco impondo-

²⁷ BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade**. São Paulo: Editora 34, 2010. passim.

lhes o cumprimento das normas legais existentes, sobretudo das Normas Regulamentadoras do Ministério Do Trabalho e Emprego. Veja-se:

DOENÇA DO TRABALHO - RISCOS NATURAIS DA ATIVIDADE DESENVOLVIDA - RESPONSABILIDADE PREVENTIVA DO EMPREGADOR. 1. É exatamente em razão de serem conhecidos os riscos da atividade laboral para a qual o trabalhador foi contratado, que compete ao empregador adotar medidas preventivas muito mais consistentes e frequentes, com o objetivo de evitar os males que sabidamente podem afligir os executantes da função, pois não é possível admitir que a aquisição de uma doença de caráter crônico e insidioso seja consequência natural do exercício de uma atividade laborativa. 2. Sabedor da penosidade e dos riscos ergonômicos da atividade desenvolvida por seus empregados, cabe ao empregador tomar atitudes concretas, de natureza preventiva, como promover cursos de orientação, estabelecer pausas previamente programadas, fornecer equipamentos que minimizem o esforço naturalmente exigido do executante e, principalmente, realizar avaliações médicas periódicas, objetivando detectar problemas de saúde que possam ser tratados ainda no começo da sintomatologia. 3. A omissão, em relação a tais procedimentos, justifica o reconhecimento da contribuição culposa do empregador, em relação à doença do trabalho adquirida, com a consequente condenação em danos morais e materiais. Recurso parcialmente provido, no particular, por unanimidade (TRT-24 - RO: 1114200700424006 MS 01114-2007-004-24-00-6 RO, Relator: AMAURY RODRIGUES PINTO JUNIOR Data de Julgamento: 28/04/2009, Data de Publicação: DO/MS Nº 538 de 12/05/2009, pag.)²⁸.

A prática mais predominante é a busca do direito após a violação. Contudo, vê-se que existe plena possibilidade de atuação jurídico-estatal prévia à ocorrência do dano, pois, em um Estado regido por uma Constituição garantista, os direitos constitucionais fundamentais ao meio ambiente saudável, à saúde e segurança merecem que sejam tutelados preventivamente e apenas excepcionalmente visar a reparação econômica da lesão sofrida, quando, mesmo com adoção de medidas efetivamente preventivas, não for possível evitar a lesão.

4. A ATUAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO NA TUTELA DO MEIO AMBIENTE LABORAL

²⁸ BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª. Região. Acórdão em Recurso Ordinário nº. 1114200700424006. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. Disponível em: < <http://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4485230/recurso-ordinario-ro-1114200700424006>> Acesso em: 12 fev. 2016. No mesmo sentido, pode-se ainda citar: TST - ARR: 1136006120095040029, Relator: José Roberto Freire Pimenta, Data de Julgamento: 25/11/2015, 2ª Turma, Data de Publicação: DEJT 04/12/2015.

O direito do trabalho surgiu em prol do trabalhador com a principal função de regular as condições mínimas para garantir-lhe o mínimo de dignidade.

Por isso, é importante fazer uma análise da atuação do Ministério Público do Trabalho, instituição que surgiu junto com o direito trabalhista e possui importante papel na preservação e cumprimento dos direitos dos trabalhadores.

O Ministério Público do Trabalho, juntamente com o Ministério Público Federal, Ministério Público Militar e Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, foram o Ministério Público da União. É, portanto, ramo do Ministério Público da União, devendo exercer suas funções constitucionais junto à Justiça do Trabalho.

O *Parquet* laboral possui autonomia funcional, administrativa e orçamentária, atuando como órgão independente dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário. Possui, como atribuição, primordial a fiscalização do cumprimento da legislação trabalhista nos casos em que há interesse público a fim de regularizar as relações entre empregados e empregadores.

As metas institucionais do Ministério Público do Trabalho são as seguintes: preservação da saúde e segurança do trabalhador, erradicação do trabalho infantil e regularização do trabalho do adolescente, erradicação do trabalho forçado, combatem a todas as formas de discriminação no trabalho e formalização dos contratos de trabalho.²⁹

Assim como os demais ramos do Ministério Público, o Ministério Público do Trabalho está definido, no artigo 127 da Constituição Federal, como

(...) instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis e possui a função de fiscalizar o cumprimento da legislação trabalhista.³⁰

Ele atua na intervenção de lides trabalhistas ajuizadas na Justiça do Trabalho, bem como na coordenação de interesses das partes como mediador e regularizando as situações ilegais quando está presente interesse coletivo e difuso, o que pode se dar de duas formas: de maneira extrajudicial no âmbito administrativo com a investigação de denúncias por meio da instauração de inquérito civil, com a possibilidade de firmamento

²⁹ NUNES, Renata Cristina da Silva. **A atuação do Ministério público do Trabalho contra a discriminação do trabalho.** Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro1/Renata%20Cristina%20da%20Silva%20Nunes.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

³⁰ BRASIL. **Constituição Federal de 1988**, cit.

de termo de ajuste de conduta ou de maneira repressiva, com o ajuizamento de ações junto à Justiça do Trabalho.

No que concerne à atuação do *Parquet* trabalhista contra a prática de infrações ao meio ambiente do trabalho, ela se dá na medida em que a violação configura não apenas uma lesão a um direito individual do trabalhador, mas a toda coletividade que trabalha ou venha a trabalhar para a respectiva empresa que não observa as normas de proteção à saúde e segurança do trabalhador.

Porém é importante explicitar que o Ministério Público, muitas vezes, se abstém de atuar na seara de monetização do risco, uma vez que a compensação pecuniária foge à esfera de interesse público e, portanto, desvia-se do campo de atuação do *Parquet*.

A ele interessa as condições do meio ambiente do trabalho e a redução efetiva dos riscos e perigos, pois isso envolve interesse difuso e coletivo. No que pese a esse campo de atuação, o *Parquet* deixa a cargo do sindicato vez que ele é legitimado para reivindicar direitos de classe até mesmo individuais e patrimoniais dos trabalhadores.

Isso porque, o *Parquet* age na defesa da sociedade, sua atuação é qualificada, não cabe a ele a defesa judicial ou mesmo administrativa de todos os direitos trabalhistas, ainda que de natureza constitucional. Assim, sua intervenção somente se justifica para resguardar interesses que não seriam defendidos adequadamente apenas pelos seus titulares, individualmente.

CONCLUSÃO

Em geral, grande parte das doenças ocupacionais e lesões decorrentes de acidentes de trabalho são irreversíveis, acarretando não só um problema individual para a família do trabalhador, mas um prejuízo para toda a sociedade.

A maioria dos danos à integridade física e psíquica do empregado opera-se por meio do local onde os serviços são prestados. Nesse sentido, a responsabilidade decorrente da obrigação do empregador deve ser considerada sobretudo com relação à prevenção da lesão e não só quanto à reparação por danos já ocorridos.

Assim, a obrigação legal do empregador de zelar pela integridade do empregado acarreta em dever geral de cautela que envolve a prevenção dos riscos inerentes e a precaução para com os danos desconhecidos, a fim de que o trabalho possa ser

considerado decente, favorecendo o cumprimento integral da função social do contrato, nela considerado, também, o contrato de trabalho.

Pelo todo exposto, pode-se afirmar que cabe ao Estado a adoção de políticas públicas capazes de garantir a proteção desses direitos, bem como elaborar, implementar e fazer cumprir estratégias de atuação, principalmente no que diz respeito aos órgãos de fiscalização, como a Superintendência Regional do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho, a fim de que as empresas, em suas atividades, exerçam medidas preventivas lato sensu para garantir o respeito e a promoção de saúde e segurança no meio laboral.

Dessa maneira, vem se materializando a constitucionalização das relações trabalhistas de modo a criar um “trabalho verde” que seja sustentável e propicie a consecução dos objetivos almejados por um trabalhador ao se colocar à disposição do empregador, qual seja melhorar sua qualidade de vida e a de seus familiares.

REFERÊNCIAS

BELFORT, Fernando José Cunha. **A responsabilidade do empregador na degradação do meio ambiente do trabalho e suas consequências jurídicas no âmbito do direito do trabalho.** Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp062841.pdf>>. Acesso em: 20 de set. 2015.

BECK, Ulrich. **Sociedade de risco: rumo a uma outra modernidade.** São Paulo: Editora 34, 2010.

BRASIL. **Constituição Federal de 1988.** Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 15 de fev. 2016.

BRASIL. **Código Civil de 2002.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso 20 jan. 2016.

BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho.** Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em 15 jan. 2016.

BRASIL. **Lei 6.938/1981.** Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/port/conama/legiabre.cfm?codlegi=313>>. Acesso em 10 de Jan. 2016.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Acórdão em Recurso de Revista n. 1136006120095040029. Relator: José Roberto Freire Pimenta. Disponível em: <<http://tst.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/263983147/recurso-de-revista-rr-20425820145120006>>. Acesso em: 12 fev. 2016.

BRASIL. Tribunal Regional do Trabalho da 24ª Região. Acórdão em Recurso Ordinário nº. 1114200700424006. Relator: Amaury Rodrigues Pinto Junior. Disponível em: <<http://trt-24.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/4485230/recurso-ordinario-ro-1114200700424006>> Acesso em: 12 fev. 2016.

CAMPOS, Amini Haddad. MACIEL, Joelson de Campos. **Direito à saúde dos trabalhadores formais, informais e na perspectiva de gênero: realidades das normativas internacionais na constituição brasileira.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=3895c46ab7fd5281>>. Acesso em: 15 de dez. 2015.

COSTA, Allan Francisco Farias. SILVA, Cristiane Pereira da. **Ambiente de trabalho e responsabilidade civil do empregador.** Disponível em: <<http://www.uniesp.edu.br/finan/pitagoras/downloads/numero3/ambiente-de-trabalho.pdf>>. Acesso em: 16 de jan. 2016.

DELGADO, Mauricio Godinho. **Contrato de trabalho e afins: comparações e distinções.** Disponível em: <http://www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev_61/Mauricio_Delgado.pdf> Acesso em: 18 de out. 2015.

DINIZ, Bismarck Duarte. MACIEL, Joelson de Campos. **Os elementos imateriais do direito ambiental do trabalho e a participação da mulher.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1896a3bf730516dd>> Acesso em: 08 de jan. 2016.

FACHIN, Zulmar Antonio. FRACALOSSI, William. **O meio ambiente cultural equilibrado enquanto direito fundamental.** Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a34bacf839b92377>>. Acesso em: 5 de nov. 2015.

FARIAS, Talden Queiroz. **O conceito jurídico de meio ambiente.** Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1546>. Acesso em: dez 2015.

FIORILLO. Celso Antonio Pacheco, **Curso de Direito Ambiental Brasileiro**, 4ª ed. São Paulo: Ed. Saraiva, 2003.

FREITAS, Ives Faiad. **Meio ambiente do trabalho equilibrado: direito fundamental.** Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 17, n. 3204, 9 abr. 2012. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/21455>>. Acesso em: 9 jan. 2016.

GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. **Meio ambiente do trabalho: direito, segurança e medicina do trabalho.** 2. ed. ver, atual e ampl. São Paulo: Método, 2009.

GEMIGNANI, Tereza Aparecida Asta. GEMIGNANI, Daniel. **Meio ambiente de trabalho. Precaução e prevenção. Princípios norteadores de um novo padrão.** Disponível em: <<https://www.google.com.br/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=0ahUKEwic9tjQIO3KAhWHFZAKHXrkAGgQFggcMAA&url=http%3A%2F%2Fwww.tst.jus.br%2Fdocuments%2F1295387%2Faed71f40-a063-4725-9709-b72c81c4f65e&usq=AFQjCNGm3RyRW5roAu8w5RSIh9UNp5vk1A&sig2=7rMpKKtF4-sHVrMLvj-XrQ&bvm=bv.113943665,d.Y2I&cad=rja>>. Acesso em: 15 de dez. 2015.

GONTIJO, Carmen Victor Rodrigues. **A responsabilidade civil do empregador em face das condutas lesivas ao meio ambiente do trabalho e à saúde do trabalhador.**

Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8482

>. Acesso em: 10 de jan. 2016.

GOLÇALVES, Juliana Seawright. **Direito fundamental a um meio ambiente do trabalho equilibrado e saudável: o princípio da precaução e a questão intergeracional.** Disponível em:

<<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=1b59164354d7e455>>. Acesso em: 09 de jan. 2016.

MACIEL, Joelson de Campos. **O direito à saúde e a um meio ambiente favorável ao trabalho e aos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2013.

MENDES, Gilmar Ferreira. BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. **Curso direito constitucional.** 9. Ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

NUNES, Renata Cristina da Silva. **A atuação do Ministério público do Trabalho contra a discriminação do trabalho.** Disponível em: <<http://www.lo.unisal.br/direito/semidi/publicacoes/livro1/Renata%20Cristina%20da%20Silva%20Nunes.pdf>>. Acesso em: 21 fev. 2016.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. **Proteção Jurídica a saúde do trabalhador.** 5 ed. São Paulo: Ltr, 2010

SANTOS, Adelson Silva dos. **Fundamentos do direito ambiental do trabalho.** São Paulo: LTr, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional.** São Paulo: Malheiros, 1998.

SILVA, José Afonso da. **Direito Ambiental Constitucional**. 3 ed. São Paulo, Malheiros, 2000

SCHINESTOCK, Clarissa Ribeiro. **A imputação da responsabilidade preventiva para a tutela integral do meio ambiente do trabalho e dos direitos fundamentais conexos**. Meio ambiente do trabalho aplicado: homenagem aos 10 anos da Codemat. São Paulo: LTr, 2013.

SILVA, Clóvis V. do Couto e. O conceito de dano no direito brasileiro e comparado. In: **Revista de Direito Civil Contemporâneo**. v. 2. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 333-348.

SILVA, José Donizeti da. **O saudável meio ambiente do trabalho: uma garantia constitucional**. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/print/conteudo/o-saud%C3%A1velmeioambientedotrabalhoumagarantiaconstitucional>>. Acesso em: 06 de jan. 2016.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: teoria geral das obrigações e teoria geral dos contratos**. 14. Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

VIEIRA, Valmir Inácio. **Trabalhador informal: direito à saúde: responsabilidade civil do tomador de serviços**. São Paulo: LTr, 2010

CAPÍTULO XVIII

O TRABALHO ANÁLOGO À CONDIÇÃO DE ESCRAVO E A SOCIEDADE MODERNA

THE WORK ANALOGOUS TO SLAVE STATUS AND MODERN SOCIETY

LETÍCIA RIBEIRO DE SOUZA
leticia.r@live.com

ALLAN CÉSAR DE ARRUDA
falecomallan@msn.com

GT3 INCLUSÃO SOCIAL – EDUCAÇÃO, MUNDO DO TRABALHO, EMPREENDEDORISMO E ORGANIZAÇÕES SOCIAIS.

RESUMO: O trabalho traz uma explanação a respeito das práticas ilegais dos empregadores em relação aos empregados, o labor desumano e precário e as irregularidades presentes na estrutura mal formada da relação trabalhista que afeta diretamente os direitos fundamentais e necessidades básicas do ser humano. Há negligência, quando são praticadas formas de trabalho em más condições, apesar de estarem positivadas, as proteções que se adéquam aos valores sociais do trabalho não surtem efeitos em todo território nacional, a ineficácia presente na legislação brasileira e nos tratados internacionais faz com que muitos indivíduos em situações de vulnerabilidade se submetam a trabalhos degradantes.

PALAVRAS-CHAVE: Crimes Contra a Pessoa. Exploração do Trabalhador; Escravidão Moderna.

ABSTRACT: The work brings an explanation about illegal practices of employers in respect of employees, the inhuman labor and precarious and the deficiencies present in malformed structure of labour relationship directly affects fundamental rights and basic needs of the human being. There is negligence, when practiced forms of work in poor conditions, although they are positivadas, that protections given to social work values don't have effects throughout the national territory, the ineffectiveness this brazilian legislation and international treaties makes many individuals in situations of vulnerability to submit to degrading work.

KEYWORDS: Crimes against the person. Exploration of the worker; Modern Slavery.

INTRODUÇÃO

A evolução dos Direitos dos Trabalhadores contribuiu para a melhoria de todos os cidadãos, porém desde os primórdios da existência humana que se tem relatado a prática da escravidão e servidão.

As leis brasileiras evoluíram muito, a Consolidação das Leis do Trabalho, a Constituição Federal, a Organização Internacional do Trabalho, entre outras; trouxeram em seu bojo à notoriedade da proteção ao cidadão que trabalha dignamente.

No entanto há ainda casos de exploração de trabalhadores, levando-os a terem tratamentos desumanos com o trabalho análogo ao de escravo assim como havia nos tempos remotos de escravização,

DESENVOLVIMENTO

O TRABALHADOR ANÁLOGO A ESCRAVO

Após a escravidão, com o acontecimento da Revolução Industrial, a partir do Século XX, houve mudanças na forma de labor, surgiram novos meios de produção, novas máquinas que auxiliavam ou substituíam a mão de obra humana. As jornadas excessivas em ambientes totalmente desfavoráveis que afetava a saúde de homens, mulheres e crianças, havia a falta de preparo e segurança ao manipular as novas máquinas de produção, levando os indivíduos a se machucarem com mutilações ou até mortes, não existia preocupação com o trabalhador apenas com o lucro dos que comandavam a classe operária. Atualmente há meios de coibir a prática criminoso de expor cidadãos às condições desumanas de trabalho, a chamada Lista Suja com fundamento na Lei de Informação nº 12.527 de 18 de novembro de 2011, que garante aos cidadãos o acesso a informações relativas a empregadores que descumprem com os direitos dos trabalhadores e deixam-nos em situações degradantes análogas a de escravo. É de suma importância ter uma lista que elenca os nomes de todos os que contribuem com esse problema que afeta diretamente os Direitos Humanos. Como expõem a lista de transparência do ministério do trabalho e previdência social³¹, nota-se que, há casos de exploração de trabalhadores

³¹ Repórter Brasil. **Lista Suja**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/documentos/lista06032015.pdf>>
> Acesso em: 20 de junho de 2016.

em quase todo país, e parte do que foi violado durante os outros anos, consta nessas listas, é verídico que muitos empregadores ainda cometam abusos com seus funcionários, é por isso que o direito do trabalho protege tanto o trabalhador com leis protetoras e de garantias, porém não basta apenas ter a proteção se de fato a realidade é outra, pois o senso comum a ignorância de muitos contratantes que usam absurdamente o poder diretivo trazem à ordem jurídica grande prejuízos. Como prevê a convenção nº 29 da OIT: “Art. 2 — 1. Para os fins da presente convenção, a expressão ‘trabalho forçado ou obrigatório’ designará todo trabalho ou serviço exigido de um indivíduo sob ameaça de qualquer penalidade e para o qual ele não se ofereceu de espontânea vontade.”³²

A escravidão contemporânea é um dos temas que mais devia ser mencionado sempre com visão de justiça. É uma prática absurda, deveria indubitavelmente ser extinta do Brasil e dos países que ratificaram o tratado que versa sobre a Declaração dos Direitos Humanos, todos os meios dignos de labor devem ser respeitados e os indignos rejeitados de toda sociedade. Porém não é com o conceito de escravidão com tráfico negreiro por exemplo, que atrai o melhor significado para o que se vivencia atualmente, seria mais certo fazer referência à antiguidade mais precisamente em Roma, como menciona Pierangeli: “A palavra *plagium*, etimologicamente, vem do verbo *plagiare*, que na Roma antiga significava a compra de um homem livre sabendo que o era, e retê-lo em servidão ou utilizá-lo como próprio servo”.³³ Sendo assim a escravidão moderna fica mais explicada usando a conceituação de “*Plagium*”. A denominação de trabalho análogo ao escravo requer certa atenção é claro que, há alguns pressupostos para caracterização de tal crime previsto no artigo 149 do Código Penal Brasileiro, e diferenciá-lo do artigo 203 do mesmo livro penal, que refere-se aos crimes contra organização do trabalho por exemplo, sabendo da importância de tornar-se nítida a caracterização da exploração de trabalhadores o primeiro artigo acima passou por mudanças em 2003, pela Lei nº 10.803, de 11.12.2003:

Art. 149. Reduzir alguém a condição análoga à de escravo, quer submetendo-o a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer sujeitando-o a condições degradantes de trabalho, quer restringindo, por qualquer meio, sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto:

³² OIT. Organização Internacional do Trabalho, Escritório no Brasil, **Trabalho Forçado ou Obrigatório**. Disponível em: < http://www.oitbrasil.org.br/node/449#_ftn1 > Acesso em: 20 de junho de 2016.

³³ PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**. V. 2: parte especial. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 156.

Pena – reclusão, de dois a oito anos, e multa, além da pena correspondente à violência.

§ 1º Nas mesmas penas incorre quem:

I – cerceia o uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho;

II – mantém vigilância ostensiva no local de trabalho ou se apodera de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho (...).³⁴

O desespero e a falta de recursos fazem com que indivíduos se submetam a experimentos que os aliciadores garantem ser de confiança, mesmo tendo relatos de pessoas que avisam do perigo eles ainda aceitam tal proposta por estarem precisando, o problema estrutural dos cidadãos que moram em regiões de extrema pobreza e vê na ideia de tentar a vida em fazendas ou qualquer outro local de trabalho seria uma saída para os problemas que não conseguem resolver, cria-se a utopia de uma vida melhor, arriscam ir e quando chegam até o local prometido notam que, não é nada do que esperavam ser e não conseguem voltar para o antigo lar porque ora o responsável pela escravização inibe o direito de liberdade dos trabalhadores, ora ficam presos sob a intenção de pagar as dívidas oriundas do próprio trabalho, geralmente a maior conta a se pagar fica nos restaurantes próximos ao local de trabalho, pois os empregadores não oferecem nem o alimento necessário para subsistência. Outro ponto relevante é que não só a privação de liberdade que caracteriza tal crime, todas as necessidades fisiológicas dos seres humanos devem ser analisadas, o caráter físico, psicológico, a coação moral e física, jornadas exaustivas, sem respeitar os pressupostos de saúde e segurança do trabalho são inerentes ao trabalho análogo ao de escravo, assim exemplifica Capez:

a) mediante submissão a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva: submeter significa sujeitar, subjugar a vítima, no caso, a trabalhos forçados, entendendo-se como tais aqueles em que não há como oferecer resistência ou manifestar recusa, em face do emprego de violência, ameaça ou fraude; também se caracteriza o crime na hipótese em que se impõe a obrigação do labor até a exaustão física, sem perspectiva de interrupção a curto prazo; b) mediante a sujeição a condições degradantes de trabalho: aqui o indivíduo é obrigado a trabalhar em condições subumanas, sem a possibilidade de interrupção voluntária da relação empregatícia; c) mediante restrição, por qualquer meio, de sua locomoção em razão de dívida contraída com o empregador ou preposto: trata-se aqui de verdadeiro cerceamento à liberdade de ir e vir do indivíduo. A vítima se encontra obrigada a trabalhar sem permissão para deixar o local até a quitação total de dívida contraída com o patrão ou preposto. (...).³⁵

³⁴ BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código penal brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm acesso em: 20 de junho de 2016.

³⁵ CAPEZ, Fernando **Curso de direito penal**: parte especial dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos. V. 2, (arts. 121 a 212). 15. ed. São Paulo. Saraiva, 2015. p. 368.

Para especificar mais ainda o que trata de formalidades do artigo 149 do Código Penal Brasileiro, o Superior Tribunal Federal em várias decisões foi amiúde no sentido de estruturar o conceito de trabalho análogo ao de escravo para que haja mais atenção e entendimento dentro dos conceitos doutrinários assim fica claro que a observância de tal artigo seguindo à risca os direitos e garantias fundamentais torna-se ainda mais relevante:

(...) Para configuração do crime do art. 149 do Código Penal, não é necessário que se prove a coação física da liberdade de ir e vir ou mesmo o cerceamento da liberdade de locomoção, bastando a submissão da vítima “a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva” ou “a condições degradantes de trabalho”, condutas alternativas previstas no tipo penal. A “escravidão moderna” é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento da liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. Privar-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa e não como pessoa humana, o que pode ser feito não só mediante coação, mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa “reduzir alguém a condição análoga à de escravo” (...). STF. Plenário. Inq 3412, Rel. p/ Acórdão Min. Rosa Weber, julgado em 29/03/2012.³⁶

OS MEIOS DE EXPLORAÇÃO QUE NÃO SÃO OBSERVADOS PELA MAIORIA

A legislação brasileira é um exemplo internacional de cooperação com os trabalhadores, apesar disso percebe-se que a situação do país encontra-se num patamar que não deveria estar à dignidade da pessoa humana, os direitos trabalhistas e toda beleza de leis de proteção ao trabalhador torna-se uma utopia frente a tanta barbárie.

A questão das condições sub-humanas de alguns trabalhadores é vista com grande concentração também nas estradas brasileiras, a profissão de caminhoneiro.

Essa profissão oferece oportunidade e renda para sustentar uma família, porém poucos são os trabalhadores que fazem jus a seus direitos e garantias fundamentais, deixando de lado sua saúde, higiene, segurança, alimentação adequada e dentre outras necessidades fisiológicas que são inerentes à existência humana, não há como sobreviver saudavelmente enfrentando horas e dias sem dormir, o corpo cansa, o desgaste físico é

³⁶BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Inquérito nº 3412 ED do Tribunal Pleno, 29 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+3412%2ENUME%2E%29+OU+%28Inq%2EACMS%2E+ADJ2+3412%2EACMS%2E%29&base=baseA cordaos&url=http://tinyurl.com/acym6yn> < Acesso em: 15 de junho de 2016.

imenso, o medo e a insegurança também afeta o psicológico dos trabalhadores, pois a violência é notória e há a necessidade de muita atenção e cautela. Sejam eles autônomos ou empregados. Com as palavras da Doutora em Sociologia Luciane dos Santos:

“Devido ao ritmo de trabalho imposto pelas empresas, os caminhoneiros vivem sob constante concorrência. Por um lado, o “rebite” mostra-se como um mecanismo voltado à sujeição ao ritmo de trabalho. Por outro lado, aqueles que não recorrem ao seu uso muitas vezes são prejudicados porque não atingem a mesma produtividade daqueles que o consomem.”³⁷

A profissão de caminhoneiro é muito importante para o desenvolvimento de um país por ser um meio de transporte que tem colaborado muito com a sociedade, e é por isso que se deve ter a preocupação com a saúde e segurança desses trabalhadores. Apesar de estar positivada uma estrutura de trabalho a ser seguida sob a Lei 13.103 de 2 de março de 2015³⁸, muitos motoristas não a respeitam, pois sabem que cada “descanso” são minutos a menos para concluir o serviço, muitos abrem mão de tal direito justamente por não conseguirem ter um repouso digno na estrada, há longos trechos sem postos, muitos sem acostamento, e faz com que seja mais propício continuarem a jornada – muitas vezes sob efeito do rebite – do que parar e descansar. Também há algumas empresas de transporte que não se preocupam com o ser humano, apenas com a carga, celeridade, e a busca incansável do lucro, àqueles que não se drogam com fortes remédios inibidores do sono têm um rendimento pior em relação àqueles que fazem uso das substâncias. Há relatos de caminhoneiros que afirmam ter ficado sem dormir por quatro dias e quatro noites, é de causar espanto que por precisarem de tal profissão esquecem seu valor como ser humano, e seus limites físicos e psicológicos. Já dizia o notório filósofo Immanuel Kant:

No reino dos fins tudo tem ou um preço ou uma dignidade. Quando uma coisa tem preço, pode-se pôr em vez dela qualquer outra coisa como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo preço, e portanto não permite equivalente, então ela tem dignidade.³⁹

³⁷ SANTOS, Luciane. **O Averso do trabalho**. Ricardo Antunes e Maria Aparecida Moraes Silva (orgs). – 1. Ed. – São Paulo: Expressão popular, 2004. p. 306.

³⁸ BRASIL. **Lei nº 13.103 de 2 de março de 2015**. Exercício da Profissão de Motorista. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De13689.htm acesso em: 20 de junho de 2016.

³⁹ KANT. Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edição 70, 2003. p. 77.

Os caminhoneiros se submetem a trabalhos degradantes, para poderem ganhar o salário que depende da produção para sustentar a família, eles sofrem com a pressão dos empresários que comandam seus serviços, com a falta de segurança, precariedade das estradas, preconceito por parte dos outros motoristas, e principalmente vê seus direitos fundamentais aniquilados sob a ótica do trabalho degradante. É possível ver a decadência do trabalhador que necessita fazer das estradas sua morada.

RESULTADOS E DISCUSSÃO

A prática de submeter pessoas a trabalhos degradantes é totalmente contra todos os preceitos legais e humanos, são cidadãos com pouca ou nenhuma chance de realização pessoal e desenvolvimento justo. A legislação Penal em seu artigo 149 que trata do trabalho análogo ao de escravo traz no seu interior as formas que pode vir a acontecer com o trabalhador, são trabalhos forçados; jornadas exaustivas; restrição da liberdade; condições degradantes; vigilância ostensiva etc. Porém há trabalhadores que têm quase todos esses meios que configuram o crime no seu cotidiano e não são lembrados, como é o caso do caminhoneiro que só não é vigiado por não ter contato direto com o empregador, mas por meios de telecomunicação a pressão também é a mesma como ligações e mensagens de voz, e constituem uma classe de trabalhadores que mais sofre com a falta de condições saudáveis e seguras. Tal prática cerceia o uso dos direitos mais humanos que existem no âmbito positivado.

CONCLUSÃO

Com a globalização, desenvolvimento, tecnologia, e inovações em todo país tornou a relação de trabalho menos centralizada na mão de obra humana em algumas regiões, como o advento de novas máquinas e instrumentos, porém é imprescindível que todos os trabalhadores sejam respeitados para que não tenham seus direitos suprimidos, principalmente os menos instruídos e com pouco estudo que apesar disso contribuem muito com a evolução da sociedade e necessitam de um emprego para manter-se, é necessário que haja novos métodos de trabalho e inteligência cooperativa das novas gerações, mas que isso não cause problemas à população pobre e classe média.

É relevante a prática de fazer com que todos os cidadãos estejam aptos a trabalhar com a saúde e integridade, e que as novas formas de trabalho possam garantir a eles também uma ampla efetivação dos direitos humanos e erradicar a prática do trabalho análogo ao de escravo. Pois só com todos em pé de igualdade que o país pode melhorar e evoluir com Justiça Social.

REFERÊNCIAS

BRASIL. **Lei nº 3.689 de 3 de outubro de 1941**. Código penal brasileiro. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm acesso em: 20 de junho de 2016.

BRASIL. **Lei nº 13.103 de 2 de março de 2015**. Exercício da Profissão de Motorista. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del3689.htm acesso em: 20 de junho de 2016.

BRASIL. **Supremo Tribunal Federal**. Inquérito nº 3412 ED do Tribunal Pleno, 29 de março de 2012. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28Inq%24%2ESCLA%2E+E+3412%2ENUME%2E%29+OU+%28Inq%2EACMS%2E+ADJ2+3412%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/acym6yn> Acesso em: 15 de junho de 2016.

CAPEZ, Fernando **Curso de direito penal**, volume 2, parte especial: dos crimes contra a pessoa a dos crimes contra o sentimento religioso e contra o respeito aos mortos (arts. 121 a 212) / Fernando Capez. – 15. ed. – São Paulo. Saraiva, 2015.

KANT, Immanuel. **Fundamentação da metafísica dos costumes**. Lisboa: Edição 70, 2003.

OIT. Organização Internacional do Trabalho, Escritório no Brasil, **Trabalho Forçado ou Obrigatório**. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/node/449# fnt1>> acesso em: 20 de junho de 2016.

PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal brasileiro**: parte especial. V. 2. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Repórter Brasil. **Lista Suja do Trabalho Escravo**; Resultado. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/listasuja/resultado.php>> acesso em: 20 de junho de 2016.

SANTOS, Luciane. **O Averso do trabalho**. Ricardo Antunes e Maria Aparecida Moraes Silva (orgs). –1. Ed. – São Paulo: Expressão popular, 2004.

CAPÍTULO XIX

PRINCÍPIOS DA PROVA NO PROCESSO DO TRABALHO À LUZ DO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.

Diego Nassif da SILVA⁴⁰

Gabriel MAFFUD⁴¹

RESUMO: Trata-se de resumo expandido de estudo jurídico-científico panorâmico de índole teórica revisional bibliográfica que se veicula através de pesquisa, leitura e análise de documentação doutrinária especializada com o objetivo de investigar o tratamento jurídico dispensado pela Lei 13.105, de 16 de março de 2015, o novo código de processo civil (NCPC), aos princípios que versam sobre a prova dedicando especial enfoque no âmbito processual trabalhista. Para isso, utiliza de diferentes métodos lógicos e argumentativos com vistas ao uso da melhor técnica. Após inicial esclarecimento acerca da concepção de princípio, destaca os princípios gerais da prova, seu conteúdo e localização legal. Após esclarecimento da natureza e especificidades do processo trabalhista, aborda os princípios probatórios nesta seara, revelando os impactos da novel legislação. Conclui, preliminarmente, que apesar das polêmicas, o NCPC constitui, no mínimo, um novo paradigma a ser considerado no intuito de potencializar a celeridade e efetividade na função jurisdicional.

PALAVRAS-CHAVES: prova; processo do trabalho; princípios; código de processo civil.

INTRODUÇÃO

Em 18 de março de 2016 entrou em vigor no Brasil a Lei ordinária nº 13.105, de 16 de março de 2015, o novo Código de Processo Civil (NCPC), que vem substituir aquele estabelecido pela Lei 5.869, de 11 de janeiro de 1973. Mesmo antes disso, uma série de

⁴⁰ Doutorando, mestre e graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Especialista em Direito Empresarial pela Universidade Cândido Mendes (UCAM) e em Direito Público pela Universidade do Sul de Santa Catarina (UNISUL). Pesquisador do Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS, do curso de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor de Direito na Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI). Analista judiciário no TRF-4ª Região.

⁴¹ Graduando em Direito pela Faculdade de Educação, Administração e Tecnologia de Ibaiti (FEATI), pesquisador do Núcleo de Estudos em Subjetividade, Direito e Território – NESDI (gabriel_maffud@hotmail.com).

discussões e debates já se encontravam instalados no seio da comunidade jurídica questionando, sobretudo os efeitos da novel legislação no panorama processual brasileiro.

Neste contexto, considerando que a Consolidação ds Leis do Trabalho estabeleceu no seu artigo 769 a aplicação subsidiária do direito processual comum sobre o direito processual do trabalho, excetuando aquilo em que for incompatível com as suas normas, também nesta seara intensos estudos ocorreram. Longe da abarcar todos os aspectos que a inovação produziu, de especial atenção se mostram o tratamento legal dispensado pelo NCPC aos princípios processuais relativos à prova e seus possíveis impactos sobre o processo trabalhista – questão que o estudo empreendido se dispõe a elucidar.

Para tanto, a pesquisa jurídico-científica consubstancia-se em estudo panorâmico de índole teórica revisional bibliográfica que se veicula através de pesquisa, leitura e análise de documentação doutrinária especializada, sem prejuízo do uso de julgados, monografias, dissertações, teses, artigos, ensaios selecionados bem como notícias do meios profissional e acadêmico do Direito. A pesquisa legislativa também é prática fundamental ao estudo. A construção do texto poderá utilizar de diferentes métodos lógicos e argumentativos com o objetivo de melhor exposição das idéias aliada à melhor técnica jurídico-científica.

Com o estudo em curso, e que ora se veicula por resumo expandido, espera-se ao final poder esclarecer e delimitar os possíveis impactos do novo Código de Processo Civil no âmbito principiológico-probatório processual trabalhista, auxiliando na evolução da técnica jurídica para melhor alcance de uma jurisdição mais célere e eficaz.

DESENVOLVIMENTO

O estudo inicia com a exposição concretas dos princípios direcionadores a respeito da prova no processo do trabalho, indicando assim as mudanças trazidas com o advento do novo Código de Processo Civil, revelando assim as problemáticas e as soluções que podem ser trazidas através destes tão importantes mecanismos para o andamento processual.

Inicia-se o estudo esclarecendo a concepção de princípio bem como a natureza e especificidades do processo trabalhista e as divergências que gera em relação à

aplicação da legislação processual comum. Só assim, passa-se ao estudos específico dos princípios e sua atual comatação com o novo código de processo civil.

Quanto aos princípios da prova, investigam-se os princípios: da necessidade da prova; do contraditório; da ampla defesa; da licitude e probidade da prova; da oralidade (subdividida em: identidade física do juiz, concentração e imediação do juiz na colheita da prova); da lealdade e boa-fé processuais

Acerca da aquisição processual da prova no processo do trabalho, debruça-se sobre os princípios: da busca da verdade real; do livre convencimento motivado do juiz; da aptidão da prova.

A pesquisa se desenvolve tendo em mente e de forma clara as melhores maneiras a conferir a celeridade processual e o bom andamento do judiciário, bem como indicando as grandes lacunas que devem ser preenchidas para a concretização destes direitos.

CONCLUSÃO

Em sede de conclusões preliminares, foi possível observar da pesquisa jurídico-científica até o momento empreendida que o judiciário busca a cada dia mais, formas céleres e imparciais para a solução de conflitos, bem como trazendo consigo vastas lacunas que necessitam ser preenchidas para que estes princípios acima mencionados frente a demanda trazida pelo novo código de processo civil, sejam realmente aplicáveis e eficazes no meio social, pois somente assim teremos um processo justo.

Como informado, cuidam-se de conclusões preliminares e que carecem do maior aprofundamento conforme pesquisa em curso, sobretudo acerca dos pontos de maior polêmica. Em qualquer caso, desde logo se tem inequívoco que o novo código de processo civil, constitui, no mínimo, um novo parametro a ser considerado com o objetivo de ressaltar erros e acertos na busca de maior celeridade e efetividade da função jurisdicional na seara trabalhista.

REFERÊNCIAS

BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil (1988). Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.].

Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

BRASIL. **Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 26 maio 2016.

BRASIL. **Decreto lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943**. Brasília: Presidência da República, Casa Civil, Subchefia para Assuntos Jurídicos, [s.d.]. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 26 de maio de 2016.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direitos fundamentais na constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1.ed. São Paulo: Juarez de Freitas, 2002.

CAMBI, Eduardo. **A prova civil: admissibilidade e relevância**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DE PAULA, Carlos Alberto Reis. **A especificidade do ônus da prova no processo do trabalho**. São Paulo: Ltr, 2001.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Novo código de processo civil**: comparativo com o código de 1973. 2. ed. Salvador: Juspodivm, 2016.

FILHO, Manoel Antônio Teixeira. **A prova no processo do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Ltr, 2003.

COSTA, Ilton Garcia da; TOSAWA, Suelyn. O papel das políticas públicas de inclusão do trabalhador no combate ao desemprego. In: KNOERR, Fernando Gustavo; FERREIRA, Daniel (Coord.). KNOERR, Viviane Colêlho de Séllos; BERTONCINI, Mateus Eduardo Siqueira Nunes (Org.). **Diálogos Impertinentes**: administração pública. Curitiba: Instituto Memória, 2014, 127-148.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **Relação de emprego e direito do trabalho**. 5. ed. São Paulo: Ltr, 2007.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do trabalho**. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

REALE, Miguel. **Lições preliminares do direito**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 1977.

SCHIAVI, Mauro. **Manual de direito processual trabalho de acordo com o novo CPC**. 10. ed. São Paulo: Ltr, 2016.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

CAPÍTULO XX

REFLEXÕES ACERCA DO PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO NO ENFRENTAMENTO DO LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO TRABALHISTA – PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA

Bruna Oliveira Sousa Kitanishi⁴²

RESUMO: Nas situações fáticas em que se verifica incapacidade laborativa do trabalhador e afastamento nos termos do art. 59 da Lei 8.213/91, na fase da assistência previdenciária em que, em tese, já poderia ocorrer o retorno do trabalhador ao emprego, nota-se ser comum o Instituto Nacional de Seguridade Social- INSS e o empregador divergirem sobre a capacidade laborativa do empregado: enquanto aquele concede alta, este, baseado no entendimento do seu médico particular, não permite o retorno do empregado ao trabalho por entender que não houve a plena recuperação da capacidade laborativa. Enquanto perdura essa divergência, o empregado não recebe nem o salário por parte do empregador, nem o benefício por parte do INSS. Esse período em que empregador e INSS discordam quanto à aptidão do empregado ao trabalho é chamado de “limbo jurídico previdenciário”. Resta ao trabalhador recorrer ao Poder Judiciário, e propor duas ações distintas, uma em face do INSS e outra do empregador. No entanto, pode ocorrer de o trabalhador obter duas decisões diversas sobre o seu caso, já que provavelmente será submetido a duas perícias distintas. Assim, ao invés de o Poder Judiciário pacificar, acaba por agravar a situação do trabalhador. Nesse sentido, torna-se imperioso apresentar e discutir mecanismos processuais, em especial, a serem utilizados perante a Justiça do Trabalho, no enfrentamento dessa questão, visando, à garantia do Princípio da Dignidade Humana. Palavras-chave: Incapacidade Laborativa do trabalhador. Limbo jurídico previdenciário. Princípio da Dignidade Humana. Competência da Justiça do Trabalho

⁴² * Pós graduanda do curso de Direito do Trabalho e Previdenciário na Atualidade da PUC MG- Educação à Distância, brunaosousa@hotmail.com

1. INTRODUÇÃO

Em virtude do trabalho desempenhado como servidora no Instituto Nacional da Seguridade Social – INSS, e posteriormente na Justiça do Trabalho, observei situações de trabalhadores que se encontravam totalmente desamparados, diante das decisões contraditórias quanto a sua capacidade laborativa, proferidas pelo INSS de um lado e pelo empregador de outro, os quais ainda nestes casos se escusam da responsabilidade pelo pagamento do benefício ou do salário.

Na sistemática processual vigente, o trabalhador que se encontrar nessa situação e decidir recorrer ao Poder Judiciário, poderá propor duas ações distintas, uma em face do INSS e outra em face do empregador, buscando ou receber a assistência ou o salário, provavelmente submetendo-se também a duas perícias distintas. Assim, em se tratando de julgadores diversos, podem vir a ocorrer duas decisões conflitantes sobre o seu caso, e o Judiciário acabar agravando a situação do trabalhador.

Ao estudar o assunto, notei que o maior obstáculo enfrentado decorre da ausência de leis claras regulando a situação, o que permite que cada parte aja da maneira que, ao seu próprio critério, entenda ser devida. E infelizmente, mesmo com a implantação em 2015 de diversas medidas pelo Governo Federal quanto ao acesso aos benefícios previdenciários, em especial, para reduzir gastos, infelizmente o “limbo jurídico previdenciário” permaneceu ignorado.

A jurisprudência trabalhista tem, de maneira pacífica, colocado a cargo da empresa/empregador a responsabilidade pelo pagamento da remuneração do empregado, a partir do momento que esse recebe alta do INSS.

Evidente que nessa situação, o empregado deva ser protegido e ter garantido seus proventos, mas torna-se imperioso discutir, enquanto não há uma regulamentação legal clara, medidas processuais, que possibilitem essa proteção, juntamente proporcionando segurança jurídica ao empregador e ao próprio INSS.

Dessa maneira, inspirada pela tese desenvolvida por Treviso (2015), pretende-se com o este trabalho propor uma alternativa processual que permita com fulcro na Emenda Constitucional nº 45/2014 e em princípios constitucionalmente previstos como a dignidade da pessoa humana e o valor social do trabalho, bem como em homenagem aos princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual, possibilitar ao

empregado propor apenas uma única ação em face do INSS e do empregador, perante a Justiça do Trabalho, e assim obter uma decisão única sobre a sua capacidade laborativa. Ressalte-se que essa proposta é inovadora e, até o presente momento, não enfrentada pelo Judiciário.

2. A INCAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR

Prevê a Lei 8.213, de 24 de julho de 1991, que dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências, em seu artigo 59, que caso o empregado seja acometido por uma doença ou acidente e que esteja afastado do trabalho há pelo menos 15 dias (corridos ou intercalados dentro do prazo de 60 dias) fará jus ao benefício denominado auxílio-doença, que poderá ser de natureza previdenciária ou acidentária⁴³.

A responsabilidade pelo pagamento do salário integral nos primeiros quinze dias consecutivos ao do afastamento da atividade laboral incumbe à empresa. A partir do décimo- sexto dia do afastamento, e, enquanto durar a causa incapacitante para o labor, essa responsabilidade passa a ser do INSS pelo pagamento do benefício. O órgão previdenciário pode programar a alta médica, podendo o perito já estabelecer no sistema informatizado do órgão o termo final para pagamento do benefício, conforme a Orientação Interna n. 130/DIRBEN.

Entendendo o segurado que o prazo concedido não é suficiente para sua recuperação, poderá apresentar, 15 dias antes da data cessação do benefício, o Pedido de Prorrogação. Nesse tipo de pedido, o INSS mantém o pagamento do benefício até a realização do novo exame pericial médico (CASTRO, 2015), conforme artigo 1º da Resolução INSS/PRES nº. 97, de 19.7.2010 – DOU de 20.7.2010.

No entanto, caso o novo benefício seja indeferido, o segurado poderá apresentar Pedido de Reconsideração. E se houver uma nova negativa, deverá o trabalhador propor

⁴³ A concessão do referido benefício está condicionada a comprovação da incapacidade laborativa em exame realizado pela perícia médica da Previdência Social (CASTRO, 2015) e a carência de 12 meses, a qual é dispensada tratando-se da concessão de auxílio doença decorrente de acidente do trabalho e doença relacionada com o trabalho. O artigo 118 da Lei 8213/91 garante ao segurado que sofreu acidente do trabalho estabilidade pelo prazo mínimo de 12 meses, após a cessação do auxílio-doença acidentário, independente do recebimento de auxílio-acidente.

Recurso Administrativo perante a Junta de Recursos do Conselho de Recursos da Previdência Social, que dará a decisão final sobre o assunto. Em ambos os casos não há qualquer garantia de pagamento pelo órgão até a decisão.

Lima e Neto analisam as consequências de não se manter o benefício, enquanto tramitam os pedidos de reconsideração e recurso:

“(...) A presunção de veracidade dos atos administrativos faz com que se crie uma zona de esquecimento da sobrevivência do segurado (limbo previdenciário) entre o período em que negado o pedido de prorrogação (PP), com suspensão imediata do benefício e a obtenção de outra decisão, agora oriunda da interposição do pedido de reconsideração (PR), sem efeito suspensivo, e/ou ingresso de pretensão na jurisdição. Até lá, haverá um descumprimento de suas obrigações laborais, pois teoricamente o empregado já estaria apto e, pior, neste período, ele não estaria recebendo nenhuma verba de subsistência, nem salário, nem benefício, em um verdadeiro estado de necessidade, diante da malha burocrática administrativa e jurisdicional”. (LIMA e NETO 2015, p. 27/28).

Portanto, mesmo que o empregado esteja com um pedido de Reconsideração ou um Recurso em andamento perante o INSS, após a cessação do benefício deverá retornar ao trabalho, pois não será considerado licenciado da empresa (art. 63, da Lei 8213/91 e artigo 476 da Consolidação das Leis do Trabalho- CLT), já que essa situação exige a concessão do auxílio do auxílio- doença.

3. INDEFINIÇÃO QUANTO À CAPACIDADE LABORATIVA DO TRABALHADOR: PERÍCIAS DIVERGENTES

Cessado o benefício perante o INSS e antes do retorno ao trabalho, o empregado deve ser submetido a exame perante o setor médico da empresa para avaliar seu quadro clínico, por conta da obrigatoriedade prevista na Norma Regulamentar n.º 07 (NR-7) do Ministério do Trabalho e Emprego- MTE e o artigo 168 da CLT, que exigem a realização do exame no retorno do trabalhador, que esteve ausente por período igual ou superior a 30 (trinta) dias por motivo de doença ou acidente, de natureza ocupacional ou não.

Por sua vez, há os que defendem que a perícia realizada pelo médico do INSS está amparada na Lei nº 11.907/09, que por se tratar de Lei Federal Ordinária, deve prevalecer sobre a Portaria do Ministério de Trabalho- NR-7, que respalda a atuação do

médico do trabalho.

De outra parte, alguns sustentam que o médico do trabalho é o profissional mais capacitado para manifestar-se quanto à capacidade do trabalhador, já que vivencia e conhece efetivamente o ambiente de trabalho e a forma como o trabalhador desempenha suas atividades laborativas.

Nesse aspecto, Wladimir Novaes Martinez, citado por Massoni (2012), destaca que o problema se deve a incompreensão do legislador da norma de que as duas análises médicas são distintas e com finalidades não necessariamente coincidentes: a do médico perito do INSS restringe-se a uma verificação de capacidade para o trabalho em face de um benefício de natureza previdenciária, não se preocupando com as devidas consequências da alta médica. Por seu turno, o profissional médico da empresa tem o dever de cuidar para que esse retorno não seja um elemento causador de agravamento de tratamento e as suas responsabilidades são notórias em face do trabalhador, das empresas e das autoridades. Para as empresas, todavia, a matéria não está regradada pela legislação, a qual partiu do pressuposto de que nenhum desses dois médicos do trabalho cometeria equívoco técnico, ou ainda, de que haveria possibilidade de divergência entre os laudos de cada um dos médicos (o do INSS e da empresa).

4. MEDIDAS JUDICIAIS A SEREM PROPOSTAS PELO TRABALHADOR QUE SE ENCONTRA NO CHAMADO “LIMBO JURÍDICO PREVIDENCIÁRIO”

Estando na situação denominada “*limbo jurídico previdenciário*”, poderá o empregado propor duas demandas: uma perante a Justiça Comum (Federal ou Estadual, dependendo da prestação que está recebendo), visando o restabelecimento do referido benefício de auxílio-doença e, concomitantemente, uma reclamação perante a Justiça do Trabalho para reclamar os salários não pagos e demais parcelas durante todo o período.

O que se busca no Judiciário atual é a efetividade sobre uma tutela jurisdicional adequada e tempestiva. Partindo-se dessa premissa, a concessão de tutela antecipatória tem sido um instrumento de grande valia em favor do empregado (LIMA e NETO, 2015).

Nessa linha, há a possibilidade de o trabalhador requerer uma tutela antecipada

perante a Justiça do Trabalho no intuito de ser reincluído na folha de salários do empregador, até que haja uma definição por parte do INSS quanto ao benefício previdenciário.

5. POSIÇÃO MAJORITÁRIA DOS TRIBUNAIS TRABALHISTAS

A jurisprudência majoritária considera ilícita a conduta da empresa que não permite o retorno do trabalhador ao trabalho e não lhe garante salários, após a alta do INSS. Assim deverá o empregador aceitá-lo e ser for o caso, readaptá-lo ou se não concordar com a alta médica previdenciária do trabalhador deve recorrer da decisão da autarquia previdenciária e, destruir a presunção de capacidade atestada pelo médico oficial, e fazendo valer a posição do seu médico.

Nesse sentido, os julgamentos proferidos pela mais alta Corte Trabalhista, que também reconhecem como devido o pagamento de indenização em face da configuração do dano moral:

RECURSO DE REVISTA. CESSAÇÃO DO AUXÍLIO DOENÇA. EMPREGADO CONSIDERADO INAPTO AO EXERCÍCIO DAS FUNÇÕES PELA EMPRESA. IMPEDIMENTO DE RETORNO. APTIDÃO RECONHECIDA PELA PREVIDÊNCIA SOCIAL. ATO ILÍCITO. MARCO INICIAL PARA PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E DEMAIS VERBAS. ALTA PREVIDENCIÁRIA. Recurso calcado em violação de dispositivo legal e constitucional. Atenta contra o princípio da dignidade e do direito fundamental ao trabalho, a conduta do empregador que mantém o empregado em eterna indefinição em relação à sua situação jurídica contratual, sem recebimento de benefício previdenciário, por recusa do INSS e é impedido de retornar ao trabalho. Não é possível admitir que o empregado deixe de receber os salários quando se encontra em momento de fragilidade em sua saúde, sendo o papel da empresa zelar para que possa ser readaptado no local de trabalho ou mantido em benefício previdenciário. O descaso do empregador não impede que o empregado receba os valores de salários devidos desde a alta previdenciária, ainda que a ação trabalhista não tenha sido ajuizada de imediato, já que decorre de sua inércia em recepcionar o trabalhador, o fato de ele ter reiterados pedidos de auxílio previdenciário antes de vir a juízo pretender a reintegração ao trabalho. Recurso de revista conhecido por violação do artigo 187 do Código Civil e provido. (TST, Processo: RR - 1557-64.2010.5.03.0098 data de Julgamento: 19/06/2013, Relator Ministro: Alexandre de Souza Agra Belmonte, 3ª Turma, Data de Publicação: DEJT 06/2013).

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. RECURSO DE REVISTA. 1. RESTABELECIMENTO DO CONTRATO DE TRABALHO APÓS O

TÉRMINO DE BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. RECUSA DA EMPRESA. PAGAMENTO DOS SALÁRIOS E CONSECUTÓRIOS LEGAIS. 2. DANOS MORAIS. CONFIGURAÇÃO. 3. DANOS MORAIS. VALOR DA INDENIZAÇÃO. Inviável a admissibilidade do recurso de revista, se não preenchidos os requisitos do art. 896 da CLT. Na hipótese dos autos, o Tribunal Regional manteve a condenação da Reclamada no pagamento dos salários e consecutários legais, desde o período não prescrito até a constatação da aptidão do Obreiro pelo médico da empresa Reclamada. A decisão recorrida, portanto, não merece reforma, pois está em conformidade com a ordem jurídica atual, que aloca o indivíduo em posição especial no cenário social, despontando nítido o caráter precursor do direito à dignidade da pessoa humana (1º, III, da CF) sobre todo o sistema constitucional. O texto celetista, concretizando os primados constitucionais ligados à saúde no meio ambiente laboral (art. 6º, 7º, XXII, XXVIII, 196, 200, VIII, CF), estipula obrigação do empregador na prevenção de doenças ocupacionais (art. 157). Ademais, a Convenção nº 161 da OIT impõe, como princípio de uma política nacional, "a adaptação do trabalho às capacidades dos trabalhadores, levando em conta seu estado de sanidade física e mental". Registre-se, por oportuno, ser desnecessário que o Reclamante se submeta a processo de reabilitação profissional, junto ao INSS, para fins de readequação no trabalho. Isso porque, segundo o ordenamento jurídico pátrio, o empregador também é responsável pela manutenção e respeito aos direitos fundamentais do empregado, devendo zelar pela afirmação de sua dignidade e integração no contexto social – e a readequação de suas funções no processo produtivo de empresa faz parte deste mister. Agravo de instrumento desprovido. (RR - TST-AIRR-305-10.2014.5.02.0261, Relator Ministro: Maurício Godinho Delgado, Data de Julgamento: 21/10/2015, 3ª Turma, Data de Publicação: (23/10/2015).

6. A INSEGURANÇA JURÍDICA DAS PARTES ENVOLVIDAS

Apesar dos fundamentos apresentados pela jurisprudência quanto à responsabilidade do empregador em arcar com os salários dos empregados, após a alta médica, não se pode negar que a responsabilidade pela incapacidade temporária ou permanente do trabalhador é tanto do INSS; como do empregador. O primeiro porque recebe contribuição em montante considerável, arcado tanto pelo empregador como pelo empregado; o segundo porque se aproveita da força de trabalho do empregado e auferir lucro com esta prestação de serviço. Torna-se injusto que o trabalhador pague as suas contribuições ao INSS e não receba a contraprestação quando apresenta incapacidade para o trabalho, bem como não é aceitável a empresa abster-se de sua responsabilidade social, abandonando o trabalhador que lhe proporcionou lucro.

Nessa linha, não parece razoável, compreender como verdade suprema que a alta médica concedida pelo INSS, por ser um ato administrativo, goza de presunção de

legitimidade, boa-fé e correção. A realidade mostra que é frequente a situação de trabalhadores, ainda incapacitados, recebendo alta médica pela Previdência Social, em nítido desrespeito aos direitos sociais. Não por outra razão, há enxurradas de pedidos de reconsideração, no âmbito administrativo e judicial, que na maioria das vezes são considerados procedentes.

Do outro lado, tem a figura do empregador que entende que ao apenas acatar a decisão do órgão previdenciário, em contrariedade ao posicionamento do seu setor médico, assume o risco de contribuir para o agravamento do quadro clínico do empregado e, conseqüentemente, ter que arcar com altas indenizações por danos materiais e morais. E que, ao só autorizarem o retorno do empregado ao trabalho após a realização de exame que conclua pela sua aptidão, agem conformidade com as normas de segurança e medicina do trabalho vigentes.

Sustentam ainda tais empregadores que caberia ao Poder Legislativo regulamentar a situação que causa inúmeras divergências médicas entre o INSS e os seus setores médicos. Tampouco, poderiam, por conta, proceder à reabilitação profissional do empregado, uma vez que a instauração, tramitação e conclusão do processo de reabilitação profissional é única e exclusiva responsabilidade do INSS.

Seria ainda razoável exigir o pagamento de salário pelo empregador, mesmo nos casos em que não está utilizando a mão de obra do empregado?

É inegável que as empresas têm função social a desempenhar na sociedade, e isso não se questiona, mas alerta-se sobre os limites dessa responsabilidade diante de posturas do órgão previdenciário incompatíveis com sua missão institucional e política (MASSONI, 2012).

Há situações que o próprio empregado não se sente apto ao retorno e prefere insistir em recorrer administrativamente da decisão do INSS, sem retornar ao trabalho. O não retorno do empregado pode configurar abandono de emprego? Convém lembrar que o empregador não é notificado da alta recebida pelo empregado, cabendo a esse comunicá-lo, e não ao contrário.

Como também há os empregados que optam por discutir a decisão do INSS, apenas para não se indispor com seus empregadores, mesmo quando estes não agem acertadamente, com o intuito de garantirem a manutenção dos seus contratos de trabalho.

Também não se demonstra acertado atribuir somente ao empregador o dever de recorrer das decisões proferidas pelo INSS, já que é o empregado que deve ser submetido

à perícia médica. Salienta-se que, tecnicamente, o recurso interposto pelo empregado não tem efeito suspensivo, ou seja, não tornará sem efeito a primeira decisão do INSS. Até que o recurso seja apreciado e julgado, prevalecerá à decisão originária, qual seja, que o empregado encontra-se apto para o retorno ao trabalho (MELO, 2010). Alguns entendem que é uma situação atípica, uma continuidade do afastamento do trabalho, uma prorrogação da suspensão do contrato de trabalho, por equiparação, mas tal entendimento não é pacífico.

Enquanto que aqueles empregados que optam em propor duas demandas distintas tanto em face do INSS, perante a Justiça Comum (Federal ou Estadual), postulando o restabelecimento do benefício e na Justiça do Trabalho, para reclamar os salários não pagos e parcelas durante todo este período, podem obter como resposta duas decisões totalmente contraditórias, como indica Treviso:

“Mas a Justiça do Trabalho e a Justiça Federal, em demandas distintas, poderão ofertar uma resposta coerente à pretensão de direito material vindicada? A resposta é negativa, já que, em tese, poderá haver a possibilidade de decisões contraditórias. Isso porque as duas demandas tramitam em órgãos distintos do Poder Judiciário (Justiça Comum e Justiça do Trabalho). Em ambos os processos, provavelmente serão realizadas duas perícias médicas distintas. Basta, para tanto, que os laudos sejam contraditórios: aquele realizado perante a Justiça Comum, considerando o trabalhador apto ao trabalho, dando razão ao INSS no cancelamento do benefício previdenciário; o apresentado pelo perito nomeado pela Justiça do Trabalho, por sua vez, considera o trabalhador inapto, dizendo que a postura do empregador está correta” (TREVISO, 2015, p. 658).

Geraldo Magela de Melo, Juiz do Trabalho do TRT/MG, compartilha o mesmo entendimento:

“Quando não acontecem verdadeiros absurdos e situações conflituosas, como a autarquia previdenciária determinar o retorno ao trabalho e a área médica da empresa não autorizar o retorno, sob o argumento de que ainda prevalece a incapacidade acidentária, sendo que o trabalhador acaba ficando em um limbo, às vezes, por meses e até anos, sem perceber remuneração, muito menos benefício acidentário, e sem uma resposta estatal eficaz, já que, se quiser acionar a empresa deve buscar a Justiça Obreira e, se quiser acionar o INSS, deve se socorrer da Justiça Comum e, por não raras vezes, com sentenças completamente opostas, o que vem ocasionando uma total insegurança jurídica, que se torna injustiça para com o cidadão e com o empresariado, os quais ficam sem uma definição segura do direito a se aplicar ao caso concreto, porquanto não recebem resposta estatal coesa e, na maioria dos casos, com datas de prolação totalmente distantes” (MELO, 2010, p. 110).

Como se observa, a falta de regulamentação legal sobre o “limbo jurídico previdenciário” possibilita uma gama de interpretações, seja da visão patronal ou previdenciária, que em nada resolvem a situação da parte mais frágil da relação, o empregado.

7. PRINCÍPIO DA DIGNIDADE HUMANA E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO DO TRABALHO

Ingo Wolfgang Sarlet, citado por Delgado (2014, p. 207), explica ser a dignidade uma qualidade de todo e qualquer ser humano, não há como existir pretensão de se conceder a alguém a sua dignidade. Parte-se do pressuposto de que ela é subjacente ao homem, à sua condição humana⁴⁴.

A Constituição Federal de 1988 consagrou no artigo 1º, inciso III, a dignidade da pessoa humana como fundamento da República e como objetivo fundamental a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, I) voltada especificamente, à erradicação da pobreza e marginalização (artigo 3º, III), estabeleceu, coerentemente com estes postulados, uma série de mecanismos destinados a garantir a todo ser humano um mínimo existencial (TREVISI, 2015, p. 659).

A dignidade humana passa a ser, portanto, pela Constituição, fundamento da vida no país, princípio jurídico inspirador e normativo, e ainda, objetivo de toda ordem econômica (DELGADO, 2014, p. 211).

Nesse aspecto, Amauri Mascaro Nascimento ressalta que num Estado Democrático de Direito, o trabalho é uma vantagem protegida juridicamente:

“Nos tempos atuais, o trabalho é um direito: o direito ao trabalho. Esta afirmação não é recente. É encontrada em Montesquieu e em Rousseau. Há, portanto, uma preocupação com o direito ao trabalho, cujo fundamento maior é o próprio direito à vida. O ser humano, para viver, precisa prover a sua subsistência. Para fazê-la, depende do trabalho. Logo, o trabalho é um direito. É direito que todo ser humano tem de converter a própria atividade em ganho de subsistência pessoal e familiar. O direito ao trabalho está relacionado com o direito à vida e à subsistência” (NASCIMENTO, 1989, p.125).

⁴⁴ A noção de que o valor central das sociedades é a pessoa humana, em sua singeleza e independentemente de sua riqueza ou status social, é um dos avanços jurídicos mais notáveis na história *juspolítica* da humanidade (DELGADO, 2014).

Por isso, o contrato de emprego foi colocado pelo legislador constitucional como elemento necessário à concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. E é por meio do trabalho, que a pessoa receberá seu salário, elemento este que concretiza o mínimo existencial da pessoa *humana* (MASSONI, 2015).

Tereza Negreiros (2002) discorre que *o direito ao mínimo existencial está associado à manutenção de um padrão mínimo de vida.*

Assim, resta claro que quando o empregado é colocado na situação denominada “*limbo jurídico previdenciário*”, desprovido de qualquer renda que lhe garanta o mínimo para o seu sustento e de sua família, estamos diante de uma violação gravíssima ao princípio da dignidade humana e o respeito ao mínimo existencial⁴⁵.

8. UMA REFLEXÃO SOBRE O PAPEL DA JUSTIÇA DO TRABALHO NA SOLUÇÃO DOS CONFLITOS DESSA NATUREZA

Treviso (2015, p. 665) propõe um caminho alternativo ao trabalhador, que se encontra na situação de “*limbo jurídico previdenciário*”, qual seja: ao invés de serem propostas ações distintas, deverá ser concedida ao trabalhador a faculdade de ajuizar demanda única, em face do empregador e do INSS, cujo feito por força da Emenda Constitucional 45/2004, será processado e julgado pela Justiça do Trabalho, já que, no caso específico, a relação previdenciária é oriunda do contrato de emprego havido.

Essa possibilidade para Treviso (2015, p. 662), decorre da inovação legislativa trazida com a Emenda Constitucional 45/2004, que ampliou a competência da Justiça do Trabalho ao adotar um critério puramente objetivo. A nova redação do artigo 114, inciso I, passou a abarcar todas as relações oriundas da relação de trabalho. Assim, haveria a possibilidade de aplicá-la sem a necessidade de outras regras, em virtude de uma contínua renovação do Direito.

Portanto, esse entendimento baseado no princípio fundamental da duração razoável do processo, juntamente com princípios da dignidade humana e do valor social

⁴⁵ (...) Não pode o empregador ficar na cômoda situação de recusa em dar trabalho e, carrear aos ombros do trabalhador uma situação de limbo jurídico trabalhista-previdenciário, à própria sorte, sem receber salários e tampouco benefício previdenciário. Tal conduta não se coaduna com os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e valor social do trabalho (art. 1º, III e IV, CF)". PROCESSO TRT/SP nº 0000155-94.2011.5.02.0241 - 4ª Turma. Acórdão nº 201301520093. Rel. Desembargadora Ivani Contini Bramante - Publicado no DOE em 08/12/2013).

do trabalho previsto no artigo 1º, incisos III e IV, da Constituição Federal, estabelecidos como fundamento do Estado Democrático de Direito, para Treviso (2015), possibilitariam uma nova leitura quanto às competências atribuídas aos diversos órgãos do Poder Judiciário, especialmente no artigo 109, parágrafo 3º da CF, que prevê a competência dos Juízes Federais para processar e julgar causas que forem parte instituição da previdência social e segurado.

Nessa baila, Melo (2010), entende que a alteração constitucional promovida no inciso I do art. 114 da CR/88, pela EC n. 45/04, transferiu a apreciação dos pedidos de benefícios que decorram de acidente do trabalho para a Justiça do Trabalho, por serem esses decorrentes da relação de trabalho, reforça o prestígio à unidade do convencimento, a interpretação sistemática da Constituição, e acaba por conquistar maior celeridade à prestação jurisdicional, haja vista atribuir a apenas uma Justiça à apreciação do mesmo fato, já que os trabalhadores são, ao mesmo tempo, segurados obrigatórios da Previdência Social, nos termos da alínea “a” do inciso I do art. 12 da Lei n. 8.212/91⁴⁶.

Esse posicionamento justifica-se pelo papel fundamental do Judiciário em proteger os direitos fundamentais da Constituição, como ensina Dinaura Godinho Pimentel Gomes:

“Ao Judiciário compete fazer valer a Constituição Federal, mormente no que concerne à concretização dos direitos fundamentais sociais. Compete, pois, a esse guardião da Lei Maior, fora dos juízos de conveniência e oportunidade, mediante ordens concretas, controlar, sim, as opções do Legislativo e do Executivo para inibir a mascarada violação dos preceitos constitucionais e possibilitar a transformação da realidade social” (GOMES, 2005).

Ou seja, a Constituição, atualmente deve ser encarada como um sistema aberto de princípio e regras, cujo papel central é estabelecido pelos ideais de justiça e da realização dos direitos fundamentais⁴⁷.

Treviso (2015) esclarece que tal entendimento não visa defender a competência ampla e irrestrita para apreciar todas e quaisquer questões referentes ao ramo previdenciário, mas apenas a decorrente da relação empregatícia, em que se discute sobre quem recai a responsabilidade pelo pagamento da renda ao trabalhador.

⁴⁶ Reforçando tal posição, Treviso ressalta que outras matérias previdenciárias, já são apreciadas pela Justiça do Trabalho, como no caso das execuções das contribuições sociais, o reconhecimento incidental de acidente do trabalho (artigo 118 da Lei 8.213/91) e até mesmo a condenação de pedido de indenização por danos morais e materiais decorrentes de acidente do trabalho (TREVISIO, 2015, p. 663).

⁴⁷ TREVISIO, ob. Citada, p. 663.

9. VANTAGENS PARA O TRABALHADOR, EMPREGADO, INSS E PODER JUDICIÁRIO

Treviso (2015) apresenta algumas vantagens que uma demanda única acarreta para as partes.

Primeiramente ao empregado, que irá propor a ação perante a Justiça mais célere, a do trabalho, com todas as condições de analisar essa demanda⁴⁸. Poderá obter uma tutela antecipada para que o INSS o mantenha afastado, com a concessão do benefício, até a análise pela sentença da única perícia que irá definir sobre sua capacidade.

Caso no final for constatado que a decisão do INSS estava correta, condena-se a empresa ao pagamento dos salários atrasados, e determina-se que na fase de liquidação da sentença o órgão previdenciário apresente um extrato simples demonstrando o quanto pagou ao empregado. Assim o empregador faz o pagamento ao INSS e no caso de ainda restar diferenças, fará o pagamento em fase de execução.

Nesse aspecto, não se pode deixar de considerar que pode ocorrer de o juiz determinar, através de uma tutela antecipada, que a empresa arque com os salários até que haja uma definição por parte do INSS, seja administrativa ou judicial. E caso, posteriormente tenha se a definição de concessão de benefício com o pagamento dos atrasados, tal situação pode ser resolvida pelo juízo trabalhista, com a aplicação do artigo 462 da CLT⁴⁹, considerando o pagamento pelo empregador como adiantamento de salário. Portanto, o salários pagos indevidamente deverão ser devolvidos, sob pena de enriquecimento ilícito do empregado.

No mais, outra possibilidade nessa situação seria fazer da mesma maneira como ocorre com o salário-maternidade, em que a legislação determina o pagamento pelo

⁴⁸ Além disso, para Treviso (2015) o acesso ao trabalhador à Justiça Especializada é muito mais simples, seja pelos princípios norteadores do sistema processual trabalhista, que visam à rápida satisfação de direitos estritamente alimentares, seja pelo regramento específico que facilita o ajuizamento de demandas, como, por exemplo, o pagamento de custas processuais, apenas ao final, e a concessão de benefícios da justiça gratuita por simples declaração, além do criticado *jus postulandi*.

⁴⁹ **Art. 462** - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo.

empregador com sua compensação quando do recolhimento das contribuições previdenciárias⁵⁰.

Evidente que em ambas as situações, o empregador se sente seguro, pois está agindo calcado numa decisão judicial. Sem contar, que ao evitar o retorno de um empregado que entende estar incapacitado, evita o agravamento do quadro clínico desse e até mesmo a ocorrência de um acidente do trabalho. Dessa forma, não poderá ser considerado negligente e evitando futuramente uma condenação ao pagamento de indenizações.

Além do mais, com a participação do INSS, haverá uma discussão profunda sobre a situação clínica do empregado. O médico perito do órgão poderá atuar como assistente técnico, auxiliando também o julgador numa decisão mais acertada.

Caso haja a indicação de uma reabilitação profissional, as partes discutirão e decidirão pelo caminho mais acertado, analisando as condições do emprego, bem como a estrutura da empresa.

De outro lado, a instrução processual dessa ação contribuirá para que o INSS obtenha elementos jurídicos a fim de fundamentar uma ação regressiva em face do empregador, postulando o ressarcimento dos valores pagos a título de benefício previdenciário ao erário público, nos termos do artigo 120 da Lei 8.213/91.

E por fim, esse tipo de demanda desafogará o Poder Judiciário, bem como a tutela jurisdicional dará efetividade e concretude aos direitos fundamentais do trabalhador, garantindo a sua dignidade e condições para que obtenha proventos necessários a sua subsistência e da sua família.

10. CONCLUSÃO

Denota-se que enquanto INSS e empregador divergem sobre a capacidade laborativa do empregado, e ainda lhe retiram a possibilidade de auferir a renda que lhe garanta sua subsistência e de sua família, deparamos-nos com a violação notória ao Princípio da Dignidade Humana.

Inconcebível que nesse momento de fragilidade, o empregado seja desamparado. Nessa linha, seria temerário, criticar o atual o posicionamento da jurisprudência

⁵⁰ Miradouro, Luiz Felipe de Alencar Melo e Renato Squarzoni Dale, “O limbo previdenciário no auxílio-doença”, <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2cMI223765%2c51045-O+limbo+previdenciario+no+auxilio+doenca>

trabalhista e seus fundamentos, que entende pela responsabilidade do empregador.

No entanto, é preciso considerar que muitas vezes a decisão do INSS encontra-se equivocada e o empregador, ao não aceitar o retorno do empregado está visando garantir a integridade e evitar um agravamento no quadro clínico deste.

Tampouco parece a melhor decisão, apenas repassar toda a responsabilidade para o lado patronal. Assim, parece de grande valia a possibilidade de se reconhecer a competência da Justiça do Trabalho, de forma que o empregado possa propor neste foro, que sem dúvida é mais célere, apenas uma ação, tanto em face do INSS quanto do empregador.

Nesse sentido, com base nos princípios constitucionais da dignidade humana e com a ampliação da competência Justiça do Trabalho, através da Emenda Constitucional nº 45/2004, parece ser possível essa nova interpretação.

Além do mais, preserva-se o princípio da unidade de convicção, atribuindo ao mesmo órgão do Poder Judiciária a apreciação dos fatos decorrentes da mesma relação jurídica, ou seja, sobre a eventual capacidade ou não do trabalhador, evitando decisões contraditórias, e trazendo uma segurança jurídica para todos os envolvidos (empregado e empregador, INSS e Judiciário).

A proposta de uma demanda única deve ser discutida entre os juristas e pode ser uma solução mais prática, efetiva e célere colocada à disposição do trabalhador, enquanto não sejam apresentadas regras claras e efetivas regulando devidamente a responsabilidade de cada parte envolvida (empregador, empregado e INSS), para que lhe sejam concedidas condições dignas de sobrevivência.

REFERÊNCIAS

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de direito previdenciário**, 17°. Ed.- Rio de Janeiro: Forense, 2015.

DELGADO, Maurício Goudinho, DELGADO, Gabriela Neves. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana e o Direito do Trabalho**, in SARLET, Ingo Wolfgang, Luiz Philippe Vieira de Mello Filho, Ana de Oliveira Frazão (coordenadores)- Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional: estudos em homenagem a Rosa Weber – São Paulo: Saraiva 2014 – (Série IDP).

DELGADO, Maurício Goudinho. **Curso de Direito do Trabalho**, p. 1057, 3° edição, 2004, LTr).

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **Direitos Fundamentais Sociais: Uma visão crítica da realidade brasileira**, Ver. TRT 9º Região, Curitiba, a 30. n. 55, p., Jul-Dez. 2005).

GOMES, Dinaura Godinho Pimentel. **A Constitucionalização do Direito do Trabalho: um modo de interpretar e aplicar as normas trabalhistas para o alcance da efetiva inter-relação dos interesses econômicos com o respeito da dignidade da pessoa humana**. Ver. TRT – 9º Região, Curitiba, a.32, n 58, jan/ jun 2007, site: www.trt9.jus.br.

LIMA, Cintia Lavigne Hohlenwerger; NETO, Renato de Magalhães Dantas. **Limbo Trabalhista- Previdenciário- Um esboço para julgamento da decisão de urgência liminar**, RDT 21-1/27, 31.01.2015.

MARQUES, Gérson (Coord.); MARANHÃO, Ney Stany Morais (Coord.) **O mundo do trabalho e as novidades normativas na perspectiva da magistratura e do ministério público: homenagem ao Ministro Arnaldo Süssekind**. São Paulo: LTr, 2014. Belo Horizonte, v.51. n.º. 81, p. 107-112, jan/ jun. 2010. site: www.trt3.jus.br; www.trt3.jus.br/escola/download/revista/rev.../geraldomagela_melo.pdf

MASSONI, Túlio de Oliveira. **Os desafios do trabalhador em face da (indevida) alta previdenciária**. Revista Brasileira de Previdência, 1º edição, novembro de 2012, <http://revbprev.unifesp.br/index.php/edic/9-um/14-osdesafios>.

MELO, Geraldo Magela. **Competência da Justiça do Trabalho para julgar os benefícios decorrentes de acidentes de trabalho**, Ver. Trib. Reg. Trab. 3º Região,

MIESSA, Élisson e CORREIA, Henrique (organizadores). **Estudos Aprofundados da Magistratura do Trabalho**. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MIRADOURO, Luiz Felipe de Alencar Melo e DALE, Renato Squarzone Dale, **“O limbo previdenciário no auxílio-doença”**, <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16%2cMI223765%2c51045-o+limbo+previdenciario+no+auxiliodoenca>.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Direito do Trabalho na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989;

NEGREIROS **Dignidade (da pessoa humana) e direitos fundamentais na Constituição federal de 1988**, Tereza. Teoria do Contrato: novos paradigmas. Rio de Janeiro: Renovar, 2002;

SARLET Ingo Wolfgang (Coord); MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de (Coord.); FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord). **Diálogos entre o direito do trabalhador e o direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2014;

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: _____.; TIMM, Luciano Benetti (Org.). Direitos fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. 2°. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. **O grave problema do trabalhador que é considerado apto pelo INSS e inapto pela empregadora: uma proposta de solução conferida à Justiça do Trabalho para a garantia do mínimo existencial**. In MIESSA, Éllison; Correia, Henrique (Org.) – 2°. Ed. Ver. ampl.e . 882 p.

TREVISO, Marco Aurélio Marsiglia. **A Competência da Justiça do Trabalho, a incapacidade laborativa do trabalhador e os benefícios previdenciários (na perspectiva do princípio da dignidade da pessoa humana e no mínimo existencial)**, site:repositorio.ufu.br/bitstream/123456789/.../CompetenciaJusticaTrabalho.pdfwww2.p
lanalto.gov.br/acervo/legislação.www.tst.jus.br

CAPÍTULO XXI

UMA BREVE ANÁLISE ACERCA DA RESPONSABILIDADE DO MUNICÍPIO EM OFERECER VAGAS ÀS CRIANÇAS EM CRECHES NA REDE PÚBLICA DE ENSINO.

A BRIEF ANALYSIS ON THE MUNICIPALITY OF LIABILITY IN VACANCIES OFFERED TO CHILDREN IN DAY CARE CENTERS IN PUBLIC EDUCATION NETWORK.

Ilton Garcia da Costa⁵¹
Luiz Henrique Néia Giavina Bianchi⁵²

RESUMO: Com o agigantamento do Estado brasileiro, propiciado pela Constituição Federal de 1988, verifica-se que tem se obrigado a garantir um número cada vez maior de Direitos Fundamentais de segunda dimensão. Estes por sua vez, têm exigido cada vez mais recursos financeiros, inviabilizando a realização de diversos direitos que a Constituição se obrigou a garantir. A reserva do possível guarda íntima relação com este malabarismo que o Gestor tem de fazer para suprir as necessidades da sociedade da melhor maneira possível. Cabe a ele efetuar as melhores escolhas, devendo ser o mais eficiente possível com a coisa pública. Ressalta-se que não se trata de escusa para a não implementação do direito fundamental. Nesse contexto surge o mínimo vital que representa o patamar mínimo que deve ser provido pelo Estado, de modo a garantir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Dentre os Direitos Fundamentais de segunda dimensão que a Constituição Federal se obrigou a oferecer, encontra-se a educação infantil. Para tanto, destinou um grande número de artigos e obrigou os municípios a

⁵¹ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP, Pós Doutorando pela Universidade de Coimbra. Professor do Programa de Doutorado, Mestrado e Graduação em Direito da UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná, líder do Grupo de Pesquisa em Constitucional, Educacional, Relações de Trabalho e Organizações Sociais – GPCERTOS da UENP, Mestre em Administração pelo UNIBERO, Vice Presidente da Comissão de Ensino Jurídico da OAB SP (2013 à 2015), Vice Presidente da Comissão de Estágio da OAB SP(2013 à 2015), membro da Comissão de Direito Constitucional e da Comissão de Direito e Liberdades Religiosas OAB SP (2016 à 2018), Avaliador Institucional e de Cursos pelo MEC - INEP. Especialista em Formação Profissional – Alemanha, Matemático, Advogado. E-mail: iltongarcia@gmail.com e iltongarcia@uenp.edu.br

⁵² Membro do Grupo de Pesquisas (GP) Políticas públicas e efetivação dos direitos sociais (UENP); CPCERTOS - Grupo de Pesquisa em Constituição, Educação, Relações de Trabalho e Organizações Sociais (UENP). Advogado, possui graduação em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (2007), pós-graduação em Direito Civil Contemporâneo e Direito Processual Civil pela Faculdade Estácio de Sá de Ourinhos. Pós-graduado em Gestão Pública pela UEPG. Servidor Público Municipal da Câmara Municipal de Jacarezinho ocupante do cargo de Gestor Jurídico. Email: rickscmj@hotmail.com

oferecer vagas na rede pública municipal a todas as crianças de até 5 anos. Traz ainda a obrigação aos Municípios de investir pelo menos 25% da receita corrente líquida na área da educação, sob pena de responsabilização pessoal do Prefeito. Cumpre destacar ainda trata-se de direito subjetivo, podendo ser pleiteado judicialmente a vaga na creche.

PALAVRAS-CHAVES: Reserva do Possível. Mínimo Existencial. Educação.

ABSTRACT: With the aggrandizement of the Brazilian state, fueled by the Federal Constitution of 1988, it appears that has been required to ensure an increasing number of fundamental rights of the second dimension. These in turn have increasingly required financial resources, preventing the realization of various rights that the Constitution undertook to guarantee. Reservation possible intimate relationship guard with this juggling the Manager must do to meet the needs of society in the best possible way. It is up to him make better choices and should be as efficient as possible with the public thing. It is emphasized that this is not an excuse for non-implementation of the fundamental right. In this context arises the vital minimum which is the minimum level that must be provided by the state, to ensure the principle of Human Dignity. Among the fundamental rights of second dimension that the Federal Constitution is forced to offer, is a childhood education. Therefore, we allocated a large number of articles and forced municipalities to offer vacancies at Public to all children up to 5 years. It also brings the obligation to municipalities to invest at least 25% of net current revenue in the area of education, under penalty of staff of Mayor accountability. It is worth noting also it is subjective right, which may be judicially claimed a place in the nursery.

KEYWORDS: Reservation Possible. Existential Minimum. Education.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem o intuito de investigar a responsabilidade do Município em oferecer vagas às crianças de até cinco anos de idade, nos termos do artigo 208, inc. IV da Constituição Federal. Tal análise passa pela da questão do papel dos Municípios pós 1988, bem como do Estado como um todo. Com a elevação do Município à condição de Ente da Federação, verifica-se um novo rol de obrigações a ele atribuído, passando a ser corresponsável pela educação, direito fundamental de segunda geração.

Sobre os direitos de segunda geração é oportuno lembrar que, diferentemente dos Direitos Fundamentais de primeira dimensão, que requerem um não fazer do Estado, aqueles exigem uma contrapartida positiva por parte do Estado (*lato sensu*), o que implica em dizer, que requer o investimento de recursos financeiros.

Ao confrontar o grande número de serviços públicos oferecidos pelo Estado, com o valor que se arrecada, verifica-se que estes não são suficientes para satisfazer todas as necessidades da sociedade, o que faz com que muitos destes serviços sejam prestados de maneira insatisfatória. Diante da impossibilidade de se implementar políticas públicas que supram a todas as necessidades, verifica-se que um patamar mínimo deve ser estabelecido para se garantir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, fundamento da República, no sentido de se proporcionar um mínimo, de acordo com a realidade econômico-financeira a qual está inserido o nosso país.

Fernando de Brito Alves trata do tema em sua obra *Constituição e Participação Popular: A Construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Senão vejamos:

Sobre a realização dos direitos sociais e seus limites contingentes, o principal debate ocorre entre a discricionarie de do administrador / reserva do possível e o mínimo vital.⁵³

Vale dizer, o Estado tem o dever de reservar um montante de recursos suficientes à satisfação deste mínimo, para que sejam legítimas as despesas menos importantes à sociedade. Afinal, como se justifica o gasto com publicidade se existe déficit de vagas na rede pública municipal para as crianças de até cinco anos?

A oferta de vagas às crianças de até cinco anos na rede pública municipal de ensino é um desses mínimos que a Constituição Federal impôs aos Municípios. É justamente essa intrínseca relação entre o mínimo existencial, a reserva do possível e a aludida oferta de vagas que nos propomos a analisar no presente trabalho.

DA RESERVA DO POSSÍVEL

Como dito acima, verifica-se que a satisfação de determinados Direitos Fundamentais exige a aplicação de recursos financeiros. Não há como dissociar a

⁵³ ALVES, Fernando de Brito. *Constituição e Participação Popular: A Construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental*. Curitiba: Juruá, 2013, p. 254

implementação desses direitos, da necessidade de se haver de fato a previsão financeira. Neste sentido ensina Vidal Serrano Nunes Júnior que:

O cerne da questão descansa na premissa de que os recursos públicos são limitados e, nessa ordem, insuficientes ao atendimento de todas as demandas da coletividade. Assim, o Estado estaria impelido à realização de escolhas as quais, de sua vez, ficariam situadas no campo de projeção da chamada discricionariedade administrativa, impedindo, pois a exigibilidade judicial de tal direito.⁵⁴

Sobre essa discricionariedade, é oportuno lembrar que, de acordo com Leonardo A. Gonçalves, “a atuação administrativa está sujeita a dois limites essenciais, quais sejam, o interesse público e a legalidade, motivo pelo qual, o Poder Judiciário deve observar o ordenamento jurídico não só formalmente, mas também de maneira substancial.”⁵⁵

Sobre o tema ainda, devemos atentar para o conceito do termo “discricionariedade” trazida por Marçal Justen Filho:

Discricionariedade é o modo de disciplina normativa da atividade administrativa que se caracteriza pela atribuição do dever-poder de decidir segundo a avaliação da melhor solução para o caso concreto, respeitados os limites impostos pelo ordenamento jurídico.⁵⁶

Ainda sobre o tema, o aludido autor explica:

Portanto, a discricionariedade não significa que a Administração Pública seria titular de uma reserva de poder para escolher entre diversas alternativas. Não existe um poder discricionário inerente à função administrativa. A discricionariedade é atribuída pelo direito ao disciplinar o desempenho da função administrativa.

Quando a disciplina jurídica restringe a autonomia administrativa, há vinculação; quando cria intencionalmente margens de autonomia, há discricionariedade.⁵⁷

⁵⁴ NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. **A Cidadania Social na Constituição de 1988 – Estratégia de Positivção e Exigibilidade Judicial dos Direitos Sociais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009, p. 172.

⁵⁵ GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos Sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013. P. 272

⁵⁶ JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 244

⁵⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. op. cit. p. 244

Com o advento do Estado Social, os direitos sociais se consolidaram, passando o Estado a ser responsável pela satisfação pelo número cada vez maior de carências do ser humano, o que contribuiu com o esgotamento dos recursos públicos por parte do Estado, situação na qual a sociedade está inserida atualmente.

Clarividente, pois, neste compasso, que o Princípio da Reserva do Possível, em sua definição original, está intimamente ligado ao “custo” dos direitos sociais vez que, passado o primeiro instante de euforia welfarista, o Estado se deparou com um grande problema em mãos: não haveria como dividir este “bolo” assistencialista em fatias iguais para todos. Aliás, não haveria fatias para todos. Isto exigiu que a máquina estatal passasse a sopesar valores, graus de urgência e os direitos em jogo. Em outras palavras, seria o mesmo que “optar entre construir um prédio novo, ampliar o já existente ou somente reformá-lo para mantê-lo”.⁵⁸

A reserva do possível começou a ser debatida na Alemanha na década de 70 quando o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha enfrentou o tema. Na oportunidade, dois cidadãos pleitearam o direito de cursar medicina em estabelecimento público gratuito sob o argumento de que o não oferecimento de vagas a eles obstavam seus respectivos direitos de livre escolha e exercício de profissão. Nesse sentido, Serrano Nunes compila fragmento da decisão.

Objeto de exame de constitucionalidade é tão-somente o *Numerus Clausus* absoluto para calouros de determinada área de especialização, causado em virtude de exaurimento de toda a capacidade de ensino, podendo deixar de ser consideradas as limitações locais e estruturais, que dificultam somente a escolha por uma determinada universidade, ou as limitações que atinjam aos estudantes de semestres mais avançados já admitidos. O *Numerus Clausus* absoluto diferencia-se dessas limitações por seu efeito extremamente incisivo, pois ele faz com que um número maior ou menor dos candidatos tenham que adiar o início do curso desejado por um tempo mais ou menos longo. Em caso de forte demanda e correspondentes longos períodos de espera, tais limitações afetam não só a escolha de tais locais de formação como também pode influenciar na escolha profissional, provocando até mesmo o abandono das intenções originais. Candidatos mais carentes não têm as mesmas possibilidades, como os mais abastados, de passar por períodos mais longos de espera ou de tentar a realização de um curso no exterior.⁵⁹

⁵⁸ LAZARI, Rafael José Nadim de; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Breves reflexões acerca do princípio da reserva do possível: parcial retorno ao estado “gendarme” ou necessidade de manutenção do “welfare state”?** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6521. Data de acesso: 18/07/2016

⁵⁹ NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. Op. Cit. p. 173

Percebe-se que o início das discussões sobre a reserva do possível estava dissociado da noção de mínimo existencial. Vale dizer, não estava em pauta a obrigação do Estado em oferecer um patamar mínimo de serviços tendentes a garantir a dignidade da pessoa humana. No caso não se pleiteava uma vaga no ensino fundamental, e sim, almejava-se vaga em curso de ensino superior, mais especificamente, no curso de medicina.

Ao final, ficou consignado que a realização do direito pleiteado extrapolava o piso mínimo garantidor da dignidade da pessoa humana. Havendo a necessidade, ainda de se submeter ao princípio da proporcionalidade e à previsão orçamentário-financeira do Estado.

Sobre esse último aspecto, ou seja, a ausência de recursos, é dever lembrar que esta não pode ser escusa para toda e qualquer falha na implementação de políticas públicas tendentes à garantia de Direitos Fundamentais. Nesse sentido, Leonardo A. Gonçalves assegura que:

Nesse contexto, a mera alegação de inexistência de verbas orçamentárias para implementação das políticas públicas exigidas judicialmente não pode ser encarada como motivo suficiente para a caracterização da efetiva impossibilidade material ou jurídica. Importante observar, aqui, que caberá ao requerido, ou seja, à pessoa jurídica de direito público responsável pela implementação da política, o ônus da prova acerca da alegação de impossibilidade material do pedido constante da peça vestibular.

Para Leonardo A. Gonçalves, existem duas modalidades de reserva do possível: a “reserva do possível fática” e a “reserva do possível jurídica”.⁶⁰ Esta guarda relação à ausência de previsão orçamentária para a implementação da despesa pública, nesse caso, para se garantir o direito fundamental pendente, basta o encaminhamento de projeto de lei ao Legislativo, com objetivo de alterar as três leis orçamentárias, sanando o vício da ausência de previsão orçamentária.

Já a reserva do possível fática se relaciona com o esgotamento de recursos financeiros. Neste sentido existe a possibilidade de se tentar aumentar a arrecadação, ou cortar determinada despesa tida como menos importante para que sobre recursos para suprir essa necessidade fundamental. Nesse contexto, para o aludido autor, surgem as

⁶⁰ GONÇALVES, Leonardo Augusto. Op. Cit . p. 306

chamadas “escolhas trágicas”, tendo em vista que fatalmente, o Gestor da coisa pública terá que optar pelo corte de determinado investimento, fazendo uma ponderação para aferir qual é a melhor escolha para a sociedade.

Para entender a diferença entre as reservas do possível a que alude o autor, devemos deixar clara a diferença entre recurso financeiro e recurso orçamentário. Este é o chamado “crédito” já aquele se intitula “recurso”. Para aclarar tal assertiva, vejamos o disposto no site do Tesouro Nacional:

A execução financeira representa o fluxo de recursos financeiros necessários à realização efetiva dos gastos dos recursos públicos para a realização dos programas de trabalho definidos. Lembre-se de que RECURSO é dinheiro ou saldo de disponibilidade bancária (enfoque da execução financeira) e que CRÉDITO é dotação ou autorização de gasto ou sua descentralização (enfoque da execução orçamentária).⁶¹

Ingo Wolfgang Sarlet, abordando a reserva do possível fática, lembra que esta é resultado de construção humana. Vejamos a lição do autor:

Cumpre anotar, aspecto que será igualmente retomado, que a noção de escassez (ou seja, a maior ou menor limitação dos recursos), em que se pese essencialmente vinculada à dimensão fática da reserva do possível, como bem averba Ana Carolina Olsen, **é uma noção artificial, resultado de construção humana**, visto que não há como satisfazer simultaneamente em níveis ótimos todas as necessidades e desejos (visto que há necessidades criadas, inclusive mediante estímulo externo, como bem demonstram os estudos sobre a publicidade), razão pela qual, de acordo com a lição da autora, a reserva do possível há que ser compreendida como sendo uma espécie de condição da realidade, a exigir um mínimo de coerência entre a realidade e a ordenação normativa objeto da regulação jurídica.⁶² (grifo nosso).

Sobre a judicialização das políticas públicas, o Ministro José Celso de Melo Filho, em seu voto na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº. 45, asseverou que:

⁶¹ Disponível em: http://www.tesouro.fazenda.gov.br/pt_PT/execucao-financeira1. data de acesso: 7/6/2016

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012. p. 359

É certo que não se inclui, ordinariamente, no âmbito das funções institucionais do Poder Judiciário - e nas desta Suprema Corte, em especial - a atribuição de formular e de implementar políticas públicas (JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976", p. 207, item n. 05, 1987, Almedina, Coimbra), pois, nesse domínio, o encargo reside, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo. Tal incumbência, no entanto, embora em bases excepcionais, poderá atribuir-se ao Poder Judiciário, se e quando os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem, vierem a comprometer, com tal comportamento, a eficácia e a integridade de direitos individuais e/ou coletivos impregnados de estatura constitucional, ainda que derivados de cláusulas revestidas de conteúdo programático. Cabe assinalar, presente esse contexto - consoante já proclamou esta Suprema Corte - que o caráter programático das regras inscritas no texto da Carta Política "não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o Poder Público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima, o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado" (RTJ 175/1212-1213, Rel. Min. CELSO DE MELLO). Não deixo de conferir, no entanto, assentadas tais premissas, significativo relevo ao tema pertinente à "reserva do possível" (STEPHEN HOLMES/CASS R. SUNSTEIN, "The Cost of Rights", 1999, Norton, New York), notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas. É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da "reserva do possível" - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁶³

Vale dizer, o Poder Judiciário, está autorizado a implementar políticas públicas quando visualizar que o Ordenador da despesa se utiliza de maneira ardilosa a escusa da reserva do possível, para não cumprir seu papel institucional de garantir os Direitos Fundamentais.

⁶³ Vide: http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/343_204%20ADPF%202045.pdf. Data de acesso: 17 de julho de 2016

Nesse sentido, Eduardo Cambi assegura a possibilidade de o Judiciário determinar o remanejamento do orçamento para a satisfação de determinados Direitos Fundamentais. Vejamos seu posicionamento:

Não havendo recursos disponíveis, o Judiciário poderá determinar o contingenciamento ou o remanejamento de verbas, visando a tornar efetivos os direitos que ainda não o são. Ou, demonstrada a exaustão orçamentária, poderá obrigar o ente público a incluir, na próxima lei orçamentária recursos suficientes para atender ao direito fundamental violado. 64

Ressalta-se que o § 1º do Artigo 5º da Constituição Federal atribui efetividade imediata aos Direitos Fundamentais, nesse sentido, o Poder Judiciário está autorizado a implementar os Direitos Fundamentais de segunda dimensão. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que:

Da mesma forma, em face do dever de respeito e aplicação imediata dos direitos fundamentais em cada caso concreto, **o Poder Judiciário encontra-se investido do poder-dever de aplicar imediatamente as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais, assegurando-lhes sua plena eficácia.**⁶⁵ (grifo nosso)

No que tange à judicialização dos Direitos Fundamentais, há autores que lembram a necessidade de o Judiciário agir com ponderação, ainda mais no caso dos estados de modernização tardia, como é o Estado brasileiro. Nesse sentido, Eduardo Cambi lembra que:

A cláusula da reserva do possível merece uma leitura peculiar em países de modernidade tardia, como é o caso brasileiro. Deve servir de mecanismo de mitigação do ativismo judicial irresponsável, sem se transformar em obstáculo jurídico à realização dos direitos fundamentais sociais. Não seria razoável uma decisão judicial que determinasse à (SIC) construção de milhões de casas populares imediatamente, tendo como base a implementação do direito fundamental à moradia, prevista no art. 6º. Da CF/1988.⁶⁶

⁶⁴ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário.** 2º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011. P. 430

⁶⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 269.

⁶⁶ CAMBI, Eduardo. Op. Cit. p. 488.

Ressalta-se que a reserva do possível não surgiu para inibir a realização dos Direitos Fundamentais, no sentido de ser invocado para justificar a má gestão estatal. No mesmo sentido, leciona Vidal Serrano Nunes Junior.

Com efeito, **em nenhum momento pensa-se na reserva do possível como instrumento de limitação do direito de acesso à assistência à saúde ou à educação básica**, mas como instrumento conformador de demandas sociais, que, embora inerentes ao bem-estar e necessária à realização da personalidade, não se situam nesse limiar mínimo.⁶⁷ (grifo nosso)

O aludido autor sintetiza a reserva do possível como:

Observância, intransigente e incondicionada, do mínimo existencial, e;
Realização de outros direitos sociais condicionada às possibilidades do orçamento, desde que comprovado o esforço proporcional do Estado em dar resposta à respectiva demanda social.⁶⁸

Desta feita, o mínimo existencial desponta como balizador do mínimo existencial. A seguir, é dever apreciar o mínimo existencial de maneira mais detida para enrobustecer a presente pesquisa.

DO MÍNIMO EXISTENCIAL

Como exposto, desde logo, no presente trabalho, ao definir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana como fundamento da República o Constituinte, atribuiu-se ao Estado a obrigação de garantir os Direitos Fundamentais aos cidadãos.

Já foi colocado também que os direitos sociais demandam a aplicação de recursos de ordem financeira e que tais recursos são escassos. Nesse cenário de limitação orçamentária e necessidade de se garantir a dignidade da pessoa humana surge a ideia de mínimo vital.

⁶⁷ SERRANO JUNIOR, Vidal Serrano. Op. Cit. p. 176

⁶⁸ Idem, p. 176

Leonardo Gonçalves lembra que a simples existência de um direito expresso na Constituição Federal não o torna viável na prática, sendo necessária a existência de recursos financeiros. Nesse sentido:

De fato, a norma jurídica não tem o condão do “toque de midas”. A mera previsão constitucional de um determinado direito não cria, por si só, as condições socioeconômicas para implementá-lo. A aplicabilidade e a interpretação da norma constitucional devem ser regidas pelos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, de modo que sejam evitadas conclusões inviáveis.⁶⁹

No mesmo sentido, Ingo W. Sarlet aceita as críticas à dignidade da pessoa humana de José Lima Lopes quando este a compara com “abracadabra jurídico de uma sociedade em que a discussão moral – da qual precede o próprio conceito de dignidade humana – não é feito (SIC) em público”.⁷⁰

A aplicabilidade da reserva do possível, a que alude o capítulo anterior dispõe de algumas condições. Dentre elas se encontra o atendimento do mínimo vital, tema que será abordado neste momento. No mesmo sentido Vidal Serrano Nunes Junior esclarece que:

O limite trazido pela teoria da reserva do possível, tem, mesmo em sua origem, o delclinado caráter contingente, só sendo aplicável diante de certas condições: primeira, **a de que o mínimo vital esteja satisfeito (acesso à saúde, educação básica etc.)**; segunda, a de que o Estado comprove gestões significativas para a realização do direito social reclamado; terceira, a avaliação de razoabilidade da demanda.⁷¹ (grifo nosso)

Ingo Wolfgang Sarlet cita os seguintes direitos que guardam relação com o mínimo existencial:

Apenas em caráter ilustrativo (volta-se a enfatizar!), dizem respeito ao mínimo existencial, além dos direitos à saúde, educação, moradia, assistência social, aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção ao trabalhador, o direito à alimentação e mesmo lazer, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica (ainda que possam ser reportados a outros direitos fundamentais), bem como o direito a uma renda mínima garantida.⁷²

⁶⁹ GONÇALVES, Leonardo A. Op. Cit. p. 218

⁷⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 359

⁷¹ GONÇALVES, Leonardo A. Op. Cit. p. 175.

⁷² SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. p. 322

No tocante ao direito fundamental à educação Eduardo Cambi lembra que além de necessitar de aplicação de recursos públicos, tem o intuito de desenvolver plenamente o indivíduo. Nesse sentido:

O direito fundamental à educação básica compõe o mínimo existencial, já que o art. 205 da CF/1988 afirma que ele visa tão somente o pleno desenvolvimento da pessoa humana, implica a alocação de recursos indispensáveis para a sua concretização.⁷³

Verifica-se a necessidade de assegurar tanto o mínimo existencial prestacional quanto o relacionado a um direito de defesa. Nosso foco neste trabalho é a abordagem do mínimo vital prestacional, aferindo se o cidadão possui direito subjetivo para pleitear em juízo esse patamar mínimo.

O STF já se posicionou sobre a viabilidade de se exigir prestações mínimas em se tratando de direito à saúde e educação dada a sua íntima ligação com o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

DA OBRIGATORIEDADE CONTIDA NO ARTIGO 208, INCISO IV DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

O Direito Fundamental à educação previsto no Artigo 6º da Constituição Federal tem regulamentação mais detalhada no capítulo III do título da ordem social desta Magna Carta (Arts. 205 a 214).

Alguns destes dispositivos versam sobre normas de caráter organizatório, como o artigo 209, outras sobre regras de custeio do sistema nacional de educação (Arts. 212 e 213), ou ainda sobre o plano nacional de educação (art. 214).

Não obstante o extenso rol de artigos que contemplam a educação, dentro da Constituição Federal, é dever analisar o disposto no seu Artigo 208, Inc. IV. Para tanto, observa-se sua transcrição:

⁷³ CAMBI, Eduardo. Op. Cit. p. 430

Art. 208. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de:

IV - educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade;

Trata-se de um direito público subjetivo da criança, nos termos do § 1º do aludido artigo. Além disso, ressalta-se que se está diante de uma obrigação do Estado e da família (art. 205, *caput*), devendo ser oferecido de maneira gratuita e de maneira igualitária (Art. 206, Incs. I e IV).

Diante de tão vasta gama de normas constitucionais, Ingo Wolfgang Sarlet defende a sindicabilidade do direito à educação. Nesse sentido:

É justamente com apoio nesta constelação normativa que houve, na doutrina, quem se posicionou favoravelmente ao reconhecimento de um direito subjetivo individual a uma vaga em estabelecimento oficial, no âmbito do ensino obrigatório.⁷⁴

Para o autor supracitado⁷⁵, a alegação da falta de recursos para o cumprimento do Art. 208 da Constituição não é cabível, tendo em vista que a própria estabelece os mínimos de investimentos na área da educação (18% União e 25% Estados, DF e Municípios).

Fernanda Molina de Carvalho Stança e Nayara Maria Silvério da Costa Dallefi em artigo intitulado “Falta de vagas em creche e o desafio da defensoria pública em assegurar o direito à educação e o princípio da segurança jurídica” publicado na obra Paz, Constituição & Políticas Públicas - Vol. I, têm entendimento semelhante no sentido de que a posição privilegiada da Educação infantil, atribuída pela Constituição Federal, lhe concede a prerrogativa de não ser obstada diante do princípio da reserva do possível. Nesse sentido:

Tal prioridade abrange a preferência na formulação e execução de políticas públicas e, ainda, destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção à infância e à juventude. Desta feita, os argumentos de negativa tais como, estar dentro do princípio da reserva do possível; da impossibilidade da ingerência do Poder Judiciário na seara afeta ao Poder Executivo; do caráter programático da norma que confere o direito em debate, não podem ser plausíveis para impedir o acesso à creche das crianças que nela precisam ficar para que seus genitores possam prover o sustento de seus lares.⁷⁶

⁷⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit. 241

⁷⁵ Idem, p. 242

⁷⁶ STANÇA, Fernanda Molina de Carvalho; DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Falta de vagas em creche e o desafio da defensoria pública em assegurar o direito à educação e o princípio da**

O professor Ilton Garcia da Costa em artigo intitulado “Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico” publicado pela Revista de Direito e Política do Instituto Brasileiro de Advocacia Pública assegura que a educação é uma “forma de poder” e se utiliza das palavras de Norberto Bobbio para justificar sua assertiva, as quais serão expostas.

Que estes meios sejam dotes naturais, como a força e a inteligência, ou adquiridos, como a riqueza, não altera o significado precípua do poder entendido como qualquer coisa que serve para alcançar aquilo que é objeto do próprio desejo. Análoga é a conhecidíssima definição de Bertrand Russel [1938], segundo a qual o poder consiste na “produção dos efeitos almejados” e pode assumir enquanto tal três formas: poder físico e constrictivo, que tem a sua expressão concreta mais visível no poder militar; poder psicológico à base de ameaças de punição ou de promessas de recompensas, em que consiste principalmente o domínio econômico: **poder mental, que se exerce através de persuasão e da dissuasão e tem sua forma elementar, presente em todas as sociedades, na educação.**⁷⁷ (grifo nosso)

No mesmo sentido, Fabiana Polican Ciena, em artigo publicado na edição 10 da Revista Argumenta Journal Law do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UEN, leciona que:

A educação é verdadeira arma cívica, permitindo que as pessoas conheçam seus direitos e se organizem para lutar por eles, num verdadeiro despertar da cidadania, num processo histórico.⁷⁸ (grifo nosso)

Verifica-se que a educação infantil constitui um direito subjetivo, portanto, pleiteável em juízo, podendo o município ser compelido a construir novas escolas, ou ser obrigado a pagar as mensalidades em escola particular. Ingo W. Sarlet, tem entendimento no mesmo sentido:

segurança jurídica. Paz, Constituição & Políticas Públicas - Vol. I. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016. P. 22

⁷⁷ COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico.** Revista de Direito e Política, Vol. III. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: 2006. p. 111.

⁷⁸ CIENA, Fabiana Polican. **O poder do judiciário na efetivação do direito fundamental à educação.** Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 10 – janeiro - junho de 2009 – Jacarezinho – PR. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/133/133>. data de acesso: 20/07/2016. p. 188

[...] no caso de inexistentes ou comprovadamente insuficientes os recursos materiais disponíveis (escolas, salas de aula, vagas, professores, etc.), considera possível a condenação do poder público, numa demanda de natureza cominatória, a uma obrigação de fazer, por exemplo, a construção de uma escola, ou mesmo a matrícula em escola particular às expensas do poder público, restando, ainda, a insatisfatória possibilidade de exigir-se do Estado o pagamento de uma indenização pela omissão [...] ⁷⁹

CONCLUSÕES

A Constituição Federal trouxe como fundamento a dignidade da pessoa humana. Para atingir tal fundamento, ela trouxe uma série de Direitos Fundamentais. Sabe-se que tais direitos podem ser negativos (ou de primeira geração), em que se exige do Estado uma abstenção, como o direito à liberdade. Já Direitos Fundamentais Positivos requerem uma ação Estatal, como por exemplo, a disponibilização de saúde, educação, segurança pública, etc. Para tanto, o Poder Público precisa empregar recursos públicos para tanto.

Tais recursos são finitos, não sendo suficientes para fazer frente a todas as despesas relacionadas às necessidades da sociedade. Desta forma, ao Gestor Público cabe escolher aquilo que irá oferecer aos cidadãos. Nessa escolha, há que se observar a eficiência no gasto, de forma a se maximizar a abrangência das políticas públicas. Verifica-se ainda a necessidade de se aferir a proporcionalidade entre o exigido pelo cidadão e o que de fato pode ser implementado.

Ao efetuar tais escolhas, o Poder Público não deve ouvir-se de um patamar mínimo de direitos que necessariamente devem ser oferecidos pelo Estado. Trata-se do chamado mínimo vital.

Dentre os Direitos Fundamentais de segunda dimensão, destaca-se o direito à educação infantil, oferecido pela rede pública municipal de ensino. Diante da importância atribuída a este direito, é imperioso destacar que a educação tem o condão de livrar o cidadão da ignorância, sendo, portanto, uma vertente da liberdade. A partir da educação, o homem torna-se apto para a democracia, podendo fazer suas escolhas de maneira mais lúcida.

Oportuno lembrar que o não oferecimento das vagas em creches na rede pública municipal às crianças de até cinco anos, sob o argumento da inexistência de recursos

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang, op cit. p. 343.

financeiros pura e simplesmente, deve ser encarado com cautela, haja vista a obrigação de se investir ao menos 25% da receita corrente líquida na educação. Na grande maioria das vezes, verifica-se que o descumprimento ao Artigo 208, Inc. IV da Constituição Federal relaciona-se ao mau uso dos recursos na área, devendo, portanto ser revisto.

O patamar atingido pela educação dentro da Constituição Federal lhe atribui a característica de direito subjetivo, podendo o Judiciário compelir o Estado a construir novas escolas, contratar professores, obrigá-lo a contratar a rede privada de educação para oferecer vaga aos alijados da rede pública ou ainda pode-se implicar em indenizações ao particular em face da omissão estatal ao não oferecer vaga à criança de até cinco anos de idade.

Cumprir destacar, ainda, que além de oferecer a vaga, a educação deve ser de qualidade, sob pena de responsabilização pessoal do Prefeito Municipal. Vale dizer, está-se diante de um dever (oferecimento de vagas para crianças até cinco anos em creches) a ser cumprido integralmente pelo Estado, de forma a materializar a dignidade da pessoa humana.

REFERÊNCIAS

ALVES, Fernando de Brito, **Constituição e Participação Popular: A Construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo. Direitos Fundamentais, Políticas Públicas e Protagonismo Judiciário**. 2º ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2011.

CIENA, Fabiana Polican. **O poder do judiciário na efetivação do direito fundamental à educação**. Argumenta Journal Law (Revista do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica, da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP). n. 10 – janeiro - junho de 2009 – Jacarezinho – PR. Disponível em <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/133/133>. data de acesso: 20/07/2016

COSTA, Ilton Garcia da. **Direito Educacional e a Formação no Ensino Jurídico**. Revista de Direito e Política, Vol. III. Instituto Brasileiro de Advocacia Pública. São Paulo: 2006.

GONÇALVES, Leonardo Augusto. **Direitos Sociais: cidadania, política e justiça**. Rio de Janeiro: Sinergia, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. **Curso de Direito Administrativo**. 10ª ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais,

LAZARI, Rafael José Nadim de; AMARAL, Sérgio Tibiriçá. **Breves reflexões acerca do princípio da reserva do possível: parcial retorno ao estado “gendarme” ou necessidade de manutenção do “welfare state”?** Disponível em: http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6521. Data de acesso: 18/07/2016

NUNES JUNIOR, Vidal Serrano. **A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais**. São Paulo: Verbatim, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11 ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2012.

STANÇA, Fernanda Molina de Carvalho; DALLEFI, Nayara Maria Silvério da Costa. **Falta de vagas em creche e o desafio da defensoria pública em assegurar o direito à educação e o princípio da segurança jurídica**. Paz, Constituição & Políticas Públicas - Vol. I. Curitiba: Instituto Memória. Centro de Estudos da Contemporaneidade, 2016.

CAPÍTULO XXII

USO DE APARELHO CELULAR NO AMBIENTE DE TRABALHO APPARATUS USING CELL IN THE WORKPLACE

Lucas de Godoy Peixoto
Allan César de Arruda

RESUMO: O artigo contemplou um estudo sobre o uso do aparelho celular no ambiente de trabalho. Ferramenta que veio como um grande facilitador na comunicação entre as pessoas, em meio a uma transformação tecnológica que proporciona aos seres humanos uma série de melhorias na qualidade de vida. Em decorrência disto, com apenas um toque pode-se transmitir e receber áudios, imagens, vídeos ou mensagens com pessoas que estão a quilômetros de distância, podendo ocasionar uma dependência dos colaboradores no exercício de sua função laborativa. Atualmente, quando se fala dessa tecnologia, pode-se perceber que as pessoas estão se tornando dependentes desse pequeno objeto e fazendo com que um aparelho, que veio para facilitar, comece a gerar prejuízos no âmbito familiar, social, econômico e, principalmente no ambiente de trabalho, pelo uso dessa grande ferramenta em horários inoportunos. Evidencia-se que, com todo esse impacto que vem sendo causado pelo uso irregular do celular pelos colaboradores nos ambientes corporativos, o presente estudo, visa identificar quais os danos causados a empresa com esse comportamento, e quais medidas disciplinares podem ser adotadas pelo empregador ao se deparar com esse problema dentro da organização.

PALAVRA-CHAVE: Aparelho celular. Ambiente de trabalho. Impacto. Prejuízos.

ABSTRACT:

This article includes a study on the use of mobile phone in the workplace. Tool that came as a great facilitator in communication between people in the midst of a technological transformation that gives human beings a series of improvements in quality of life. As a result, with just one touch can transmit and receive audio, images, videos or messages to people who are kilometers away and can cause a dependency of employees in the exercise of their working function. Currently, when speaking of this technology, one can see that people are becoming dependent on this small object and causing a device that came to facilitate start generating losses in family, social, economic context, and especially in the environment work by using this great tool at inopportune times. It is evident that with all this impact has been caused by improper use of the cell by employees in corporate environments, this study aims to identify the damage the company with this behavior,

and what disciplinary measures may be taken by the employer to come across this problem within the organization.

KEYWORDS: Cellphone. Workspace. Impact. losses.

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos a forma de se comunicar entre as pessoas vem se transformando, de maneira com que os meios tecnológicos propiciam novas ferramentas para os indivíduos se falarem entre si. Diversas são as formas de comunicação, um dos primeiros mecanismos utilizado foi a carta, usada para as pessoas se comunicarem quando não podiam estarem juntas.

Com o passar do tempo e com a criação de novas tecnologias apareceram novos meios que proporcionaram uma comunicação mais rápida entre as pessoas, ferramentas como o telefone, o computador e a internet, trouxeram uma grande inovação na forma de se comunicar, tornando a mais rápida e eficiente, visto que a carta além de demorar chegar até seu destinatário pode ser extraviada.

Como objeto do estudo cabe destacar o aparelho celular que nas últimas décadas houve uma grande evolução na quantidade de usuários, por ser um objeto portátil e de fácil locomoção faz com que as pessoas os levem para qualquer lugar.

Dessa forma, cria-se uma discussão, entre trabalhador e empregado com relação a sua utilização na organização, assim, o presente trabalho contempla um estudo sobre o uso de aparelho celular no ambiente de trabalho, buscando identificar os pontos positivos e negativos do uso do celular nesse local e quais são os meios de resolver possíveis lides entre a empresa e seus funcionários.

1. ORIGEM DO TRABALHO

Para falar em uso de aparelho celular no ambiente de trabalho se faz necessário um breve estudo sobre a origem do trabalho, sendo assim:

A idéia do trabalho foi mencionada pela primeira vez na Bíblia, quando Deus deu a Adão o encargo de cuidar do paraíso. Nesse primeiro momento, o trabalho desenvolvido por Adão era prazeroso, situação que iria mudar em pouco tempo. Depois que Adão comeu a maçã é que Deus transformou o trabalho em castigo.(VIEIRA, 2006, p.10).

Desse modo, verifica-se que desde os tempos mais remotos quando alguma pessoa passa uma tarefa a outra para realizar determinada tarefa começa a existir desde então um vínculo de trabalho, ainda sobre essa denominação outro autor dispõe que:

A palavra trabalho, veio do latim, através do verbo tripaliare, que significa torturar com o tripalium, um instrumento de tortura, pelo que adquiriu um sentido de sofrimento. O trabalho humano, é tão antigo quanto o homem. A humanidade desde sempre trabalhou para assegurar sua sobrevivência. O homem sempre procurou satisfazer suas necessidades vitais e melhorar seu nível de vida.(GONÇALVES, 1998, p.3).

Nota-se que desde os primórdios o trabalho acompanha o homem, pois ele assegura a sobrevivência do ser humano ou faz com que através de sua remuneração recebida após execução de suas tarefas, compre insumos básicos para se manter, como suas necessidades básicas entre elas alimentação, vestuários e habitação.

Ainda sobre a definição de trabalho, outro autor dispõe que:

Podemos definir o trabalho, seja remunerado ou não, como a execução de tarefas que exijam esforço mental e físico, que tem como objetivo a produção de bens e serviços para atender às necessidades humanas. Uma ocupação, ou um emprego, é o trabalho feito em troca de um salário ou um pagamento regular. (GIDDENS, 2012, p.627).

Portanto, o trabalho pode existir de várias formas, seja um esforço físico ou mental, podendo ser remunerado ou não, porém, todos devem ser executados de maneira regular, para que haja uma organização no ambiente empresarial.

2. TECNOLOGIA NO AMBIENTE DE TRABALHO

Com o passar do tempo os métodos de realizar as atividades laborais foram se aperfeiçoando com a implantação da tecnologia no ambiente de trabalho, sobre essa melhoria o autor a seguir dispõe que:

A relação entre a tecnologia e o trabalho há muito é do interesse dos sociólogos. De que maneira a nossa experiência com o trabalho é afetada pelo tipo de tecnologia envolvido? A medida que a industrialização avançou, a tecnologia assumiu um papel cada vez maior no local de trabalho.(GIDDENS, 2012, p.644).

Evidencia-se que, com o uso dessas tecnologias existe um grande impacto na sociedade, visto que alguns trabalhadores se adaptam aos novos mecanismos e outros não.

Uma grande ferramenta que evoluiu de forma significativa foi a comunicação na qual proporciona um funcionamento mais rápido dentro da empresa de forma a aumentar a produção ou controlar na execução das tarefas laborais. Sobre esse assunto, o autor a seguir dispõe que:

A explosão das comunicações globais foi facilitada por vários avanços importantes na tecnologia e na infraestrutura de telecomunicações do planeta. Na era pós-Segunda Guerra Mundial, houve uma transformação profunda no alcance e na intensidade dos fluxos das telecomunicações. (GIDDENS, 2012, p.104).

Percebe-se que após a segunda guerra mundial houve uma melhoria na infraestrutura das telecomunicações o que possibilitou um aumento no alcance e intensidade dos sinais e propiciou um crescimento nos métodos de se comunicar entre as pessoas.

3. APARELHO CELULAR

Um dos meios mais utilizados na hora de se comunicar entre as pessoas utilizava-se de um sistema complexo e caro para sua execução, conforme podemos, notar a seguir:

A comunicação telefônica tradicional, que dependia de sinais analógicos enviados por meio de fios e cabos, com a ajuda de uma mesa distribuidora mecânica, foi substituída por sistemas integrados em que grandes quantidades de informações são compridas e transferidas por meio digital. A tecnologia do cabo se tornou mais eficiente e menos cara; o desenvolvimento de cabos de fibra ótica ampliou dramaticamente o número de canais que podem ser usados.(GIDDENS, 2012, p.104).

Assim, com a modernização houve um aumento na quantidade de usuários desse sistema o que proporcionou ainda uma diminuição dos custos para sua utilização, facilitando o acesso das pessoas na comunicação telefônica.

Após, esse aumento de usuários a forma de se comunicar propiciou melhorias significativas na comunicação tanto no ambiente familiar quanto no profissional, conforme se percebe a seguir:

O impacto desses sistemas de comunicação tem sido estarrecedor. Em países com infraestruturas de comunicações mais desenvolvidas, os lares e escritórios hoje têm várias conexões com o mundo externo, incluindo telefones (tanto linhas fixas quanto celulares), televisão digital, por satélite e a cabo, correio eletrônico e internet. (GIDDENS, 2012, p.104).

Deste modo, percebe-se que as empresas aumentaram o seu campo de atuação, pois, podendo se comunicar com pessoas de diferentes localidades geográficas. Nota-se que:

O uso disseminado da internet e dos telefones celulares está aprofundando e acelerando processos de globalização; cada vez mais pessoas estão se interconectando por meio dessas tecnologias, e o estão fazendo em locais que antes eram isolados ou pouco servidos pelas comunicações tradicionais.(GIDDENS, 2012, p.104).

Portanto, verifica-se que a quantidade de pessoas usuárias de telefone celulares vem contribuindo com o processo de globalização visto que áreas antes isoladas pelos meios de comunicação não se encontram mais nesta situação. Para caracterizar aparelho celular, verifica-se que:

Aparelhos celulares móveis são os "elementos móveis e portáteis", com displays de tamanho e definição de imagens limitados. Atualmente temos displays coloridos de aproximadamente 10 por 10 cm e com definição de pontos de imagem suficiente para visualização de fotos ou vídeos de alta resolução.(FIORESE,2005, p.13).

Nota-se que o aparelho celular por ser um aparelho portátil e de várias funções agregadas em um único aparelho as pessoas os levam para todo lugar inclusive para o serviço, o que começa a gerar conflitos entre empregador e empregado, devido ao uso indevido nos ambientes de trabalho. Para entendermos melhor sobre o assunto, cita-se que:

O ambiente de trabalho vem se modificando em virtude do crescente desenvolvimento tecnológico, com a disponibilidade de ferramentas inovadoras, tais como a internet e o correio eletrônico, evidenciando-se o surgimento de novos conflitos entre empregados e empregadores. (GIACOMINI, 2011. p.76).

Assim, verifica-se que a tecnologia além de trazer benfeitorias na área da comunicação, faz configurar o surgimento de lides entre patrão e empregado.

4. PATRÃO E EMPREGADO

Em todos os ambientes corporativos existe uma hierarquia entre líderes e subordinados, assim, se faz necessário distingui-los:

O empregador dirige o empregado mediante seu poder de comando, podendo estabelecer normas disciplinares no âmbito da empresa. Dirige-se à atividade

do empregado dentro do ambiente de trabalho e não da sua vida particular. Se ao contrário fosse, o empregado seria uma espécie de servo ou escravo.(VIEIRA, 2006, p.38).

Como se observa o empregador detém o direito de estabelecer regras em sua empresa, com relação ao comportamento de seus empregados o que não configura a mesma obediência na vida pessoal fora da empresa. O empregador possui várias funções inclusive assumir responsabilidades de grande escala. Dessa forma pode-se notar que:

[...] Em qualquer circunstância, porém, o empregador assumirá os riscos da atividade desenvolvida e orientará o modo de execução das tarefas de que será destinatário. Como contrapartida pela execução dessas tarefas, o empregador oferecerá uma retribuição pecuniária intitulada salário. (MARTINEZ. 2012,p.197).

Dentre suas funções o empregador orientará seus subordinados com relação a forma de realizar suas atividades dentro da organização empresarial, como recompensa o empregado terá seu salário no final do mês. Com relação ao empregado:

O artigo 3º da CLT diz: “considera-se empregado toda a pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregar, sob dependência deste e mediante salário”. (VIEIRA, 2006, p.34).

Assim, toda pessoa na qual executar alguma atividade com intuito de receber em contrapartida um salário, receberá esse o nome de empregado. Ainda sobre essa definição, verifica-se que:

No contexto do contrato de emprego, o empregado aparece como sujeito prestador do trabalho, vale dizer, aquele que pessoalmente, sem auxílio de terceiros, despende, em caráter não eventual e sob direção alheia, sua energia laboral em troca de salário; aquele que, por não exercer atividade por conta própria, não assume riscos da atividade na qual está incurso. (MARTINEZ. 2012,p.163).

Subentende-se que o empregado deve realizar suas próprias funções pessoalmente sem ajuda de terceiros, pois, seu salário corresponderá pelas atividades executadas conforme acordadas em contrato de trabalho.

Após, caracterizar ambos os sujeitos empregador e empregado, fica evidente que o empregado dentro do ambiente de trabalho se torna submisso ao empregador devendo respeitar as regras impostas por ele, porém, algumas atitudes por parte do empregado como o uso do celular, acarreta diminuição na produção e conseqüentemente redução do lucro.

5. COMPORTAMENTO NO AMBIENTE DE TRABALHO

Para entendermos melhor como os empregados realizam suas funções se faz necessário com que observemos atitudes individuais e coletivas dessa forma constata que:

Atitudes são sentimentos e crenças que determinam fundamentalmente como os empregados irão perceber o ambiente onde se encontram. Atitudes são um conjunto de indicadores mentais que afetam a visão de uma pessoa em relação a alguma coisa, do mesmo, do mesmo modo pelo qual uma janela fornece uma estrutura através da qual será possível olhar para dentro ou para fora de um edifício. (DAVIS. 1992, p.122).

Com relação a atitude, o empregado poderá escolher em surpreender seu chefe com uma atitude positiva, como a criação de algum método que aumente a produção e lucro, porém, em se tratando do uso do aparelho celular em ambiente de trabalho se torna uma atitude negativa, conforme podemos observar a seguir:

Atitudes negativas por parte dos empregados são freqüentemente causa de deterioração das condições de uma organização. Quando as atitudes ficam comprometidas, os resultados podem ser graves, reduções no ritmo de trabalho, faltas e rotatividade da mão-de-obra. Estas atitudes podem também ser parte de reivindicações trabalhistas, baixo desempenho, má qualidade dos produtos, furtos de empregados e problemas disciplinares. Os custos organizacionais decorrentes destas atitudes desfavoráveis dos empregados. (DAVIS,1992, p.122).

Com a utilização do celular em momento inoportuno, a prestação de serviço ou a fabricação do produto feita pelo empregado não terá a mesma qualidade, visto que há uma dispersão do mesmo no momento da utilização do aparelho, tendo como consequência o comprometimento da execução de suas atividades.

Percebe-se o quanto a tecnologia trouxe uma grande melhoria na execução das tarefas laborais quando bem utilizadas, verificamos que:

[...] a internet tem sido um instrumento valioso para as atividades das empresas, propiciando maior eficiência nas empreitadas laborais. No entanto, observa-se um aumento considerável da incidência do abuso na utilização deste valioso instrumento por parte dos empregados que, com relativa frequência, utilizam-se da Internet para o envio de fotos e mensagens. O teor das mensagens perfaz-se como desviante dos assuntos relacionados à execução do serviço nos casos de baixar da Internet músicas e filmes ou acessar sites de conversas no horário de trabalho. (AIETA,2006, p.64-65).

Sendo assim, faz-se necessário que o empregador faça seu papel de liderança dentro da empresa, pois, quando o empregado utiliza do celular dentro da instituição empresarial para envio de fotos, ou acessa *sites* de relacionamento para ficar com

conversa durante sua jornada de trabalho, a empresa está sendo prejudicada de diversas formas, como redução da produção, dano à imagem da empresa, visto que as imagens enviadas podem gerar dano a marca da empresa, vez que, naquele momento ele está como funcionário da empresa X e sendo visto nas redes sociais com esse perfil. Assim, se faz necessário que o empregador tenha liderança, conforme se caracteriza a seguir:

Liderança é o processo de encorajar e ajudar os outros a trabalharem entusiasticamente na direção dos objetivos. É o fator humano que ajuda um grupo identificar para onde ele está indo e assim motivar-se em direção aos objetivos. Sem liderança, uma organização seria somente uma confusão de pessoas e máquinas, do mesmo modo que uma orquestra sem maestro seria somente músicos e instrumentos. (DAVIS,1992, p.150).

Evidente para que haja uma liderança de sucesso deve haver um planejamento pelo empregador, assim, quando se faz de forma correta poderá, diminuir ou até mesmo acabar com esse problema de celular dentro da empresa.

6. REGRAS

Toda organização deve conter suas regras e princípios para que suas funções sejam executadas da forma com que o empregador espera, assim observa-se que:

O empregador tem todo o direito de organizar seu empreendimento. Estabelecerá qual a atividade econômica, qual a estrutura jurídica e o número de funcionários que precisa. Ele também poderá estabelecer os cargos e funções de cada empregado dentro da empresa, como também o de elaborar planos de cargos e salários e estruturar o regulamento da empresa. (VIEIRA, 2006, p.42).

Assim, percebe-se que o empregador definirá as funções que seus subordinados irão executar, podendo este criar um regulamento da empresa constando essas atribuições e devendo por obrigação serem apresentadas ao trabalhador no ato da contratação.

Como clausula desde regulamento, poderá, ser acrescentado uma cláusula de proibição do uso de aparelho celular em horário de serviço, sendo, permitido apenas em horários de intervalos, onde, não prejudique a execução de suas funções. Ainda, poderá o empregador fiscalizar se está sendo cumprido essa determinação, conforme se observa a seguir:

O empregador tem todo o direito de fiscalizar e de controlar o empregado, desde que o faça dentro de um limite tolerável. A revista nos empregados não pode ser feita de forma abusiva e vexatória, ou ainda perto de clientes e fornecedores. (VIEIRA, 2006, p.43).

Como se observa, o empregador pode fiscalizar seus subordinados desde que respeite um limite que não cause forma abusiva e vexatória, por isso a importância da transparência na hora da contratação com a entrega do contrato de trabalho com a regulamentação na qual proíbe o uso irregular do celular, visto que o empregador não conseguirá monitorar todas as áreas da empresa, conforme se constata a seguir:

O empregador ainda poderá controlar o empregado por vídeo ou computador. É proibida a invasão da intimidade do empregado, então não se podem instalar câmeras em banheiros, alojamentos e vestiários.(VIEIRA, 2006, p.43).

Dessa forma, o empregador não terá acesso aos banheiros e alojamentos e vestiários, para controlar essas regras impostas, deve analisar se elas estão sendo respeitadas. Em se tratando de procedimentos formais, verificamos que:

John Meyer e Brian Rowan (1977) argumentam que as regras e procedimentos formais em organizações geralmente estão muito distantes das práticas adotadas na realidade pelos membros da organização. As regras formais, em sua visão, muitas vezes são "mitos" que as pessoas professam seguir, mais que são pouco substanciadas na realidade. Elas servem para legitimar - para justificar - as maneiras em que as tarefas são executadas, mesmo que essas maneiras possam divergir muito de como as coisas "deveriam ser feitas" conforme as regras. (GIDDENS, 2012, p.558).

Evidencia-se que algumas regras impostas pelas empresas, não saem do papel ou seja, seus colaboradores não levam a sério e não respeitam, assim, quando ocorrer, caberá o empregador executar seu poder disciplinar com relação aos subordinados. Com relação ao caso exposto nota-se que:

A teoria administrativa entende que o poder disciplinar decorre do poder de direção, de o empregador administrar a empresa de maneira que ela venha a funcionar adequadamente. Derivaria a teoria administrativa da idéia de que a empresa é uma instituição, equiparando-se ao ente público, podendo, assim, o empregador impor sanções disciplinares ao empregado, até mesmo porque é o dono do empreendimento, devendo manter a ordem e a disciplina no âmbito da empresa. (MARTINS,2014, p.236).

Dessa forma cabe o administrador estipular as regras para o bom funcionamento das atividades dentro da organização.

7. MEDIDAS DISCIPLINARES

Quando o funcionário não cumprir com as normas estabelecidas poderá o empregador aplicar sanção ao executor do ato. Para explanar melhor sobre sanção disciplinar, nota-se que:

O empregado poderá ser advertido (verbalmente e por escrito) e suspenso. Não poderá ser multado, salvo o atleta profissional de futebol. Como sinônimo de advertência são usadas as palavras admoestação, repreensão. A advertência muitas vezes é feita verbalmente. Caso o empregado reitere o cometimento de uma falta, aí será advertido por escrito. Na próxima falta, deveria ser suspenso. O empregado não poderá, porém, ser suspenso por mais de 30 dias, o que importará a rescisão injusta do contrato de trabalho (art.474 da CLT). Normalmente, o empregado é suspenso por um a cinco dias.(MARTINS,2014, p.236).

Quando o empregado fizer uso do aparelho celular em horário inoportuno dentro do ambiente de trabalho, deverá o empregador fazer uma advertência verbal, ou seja, chamá-lo para uma conversa e explicar o que consta no contrato de trabalho e no regulamento da empresa, caso ocorra pela segunda vez ao invés de haver conversa deverá o empregador transcrever isso em papel e fazer o colaborador assinar a advertência dando ciência que o ato praticado não segue as normas regidas pela empresa, caso haja reiteração do ato pela terceira vez deverá ser aplicado suspensão.

Essa sanção disciplinar deverá ocorrer quando o ato for praticado, conforme se verifica-se a seguir:

Quando o empregado cometer uma falta, deverá o empregador aplicar a penalidade o mais imediatamente possível. Se não o fizer, poderá a falta cometida ser considerada perdoada. A suspensão não poderá ser superior a trinta dias, correndo o risco de ser considerada rescisão injusta do contrato de trabalho. (VIEIRA, 2006, p.44).

Assim, quando verificado que houve o descumprimento de uma norma da empresa, o empregador não poderá esperar um prazo para aplicar a sanção disciplinar devendo a mesma ser aplicada o mais rápido possível de preferência na mesma semana do ato praticado.

Caso o empregador siga esse roteiro e mesmo assim o empregado continuar fazendo uso do aparelho celular em horário de labor, a saída será demissão por justa causa, verificamos que:

Justa causa é a ação ou omissão de um dos sujeitos da relação de emprego, ou de ambos, contrária aos deveres normais impostos pelas regras de conduta que disciplinam as suas obrigações resultantes do vínculo jurídico. (NASCIMENTO,2013, p.1249).

Configura-se assim demissão por justa causa quando o colaborador não cumprir com as normas impostas pela empresa no ato da contratação.

Conforme se evidencia a justa causa dependerá da postura do empregado, verificamos a seguir que:

A justa causa depende de alguns elementos para ser caracterizada. Como na dispensa arbitral a vontade só depende do empregador, na justa causa, depende unicamente de uma conduta por parte do empregado. Dependendo da gravidade do comportamento poderá o empregado, com justa causa, ser demitido. (VIEIRA, 2006, p.56).

Diferente da dispensa arbitral, a dispensa por justa causa só poderá ocorrer quando o empregado cometer uma conduta contrária aos regulamentos e normas da empresa, como por exemplo uso inadequado do celular na empresa.

Para que haja efetiva demissão por justa causa o empregador deverá analisar se o ato praticado se encaixa nos requisitos exigidos para esse tipo de demissão, conforme se verifica a seguir:

Os requisitos da justa causa são:

- a) gravidade do comportamento do empregado: pois não há de se falar em justa causa se a omissão ou a ação do empregado nada representar;
- b) imediatismo da rescisão: A rescisão contratual deverá ser feita o mais rapidamente possível. A demora poderá ser entendida como um perdão (perdão tácito) da falta cometida. A lei não define um tempo para esse imediatismo, mas podemos considerar que é o tempo necessário entre o conhecimento do fato pelo empregador e sua atitude;
- c) causalidade: é onexo causal que liga o comportamento do empregado, a justa causa e a dispensa;
- d) a singularidade: é vedado ao empregador punir duplamente um empregado pela mesma falta. Se este já foi punido com uma advertência ou suspensão, não poderá ser arguida a justa causa;
- e) decorrente de ato instantâneo ou habitual: O ato habitual se entende como uma ação continuada do empregado em relação ao tempo. Um exemplo de ato habitual é a embriaguez. O ato instantâneo teria como exemplo um ato de insubordinação ou de desobediência a uma ordem. (VIEIRA, 2006, p.56-57).

Evidencia-se portanto que quando o funcionário fizer o uso do aparelho celular no ambiente de trabalho e for advertido e suspenso dentro das normas impostas pela CLT, e mesmo assim continuar praticando essa falta que fere as normas e regulamento da empresa, poderá, este ser dispensado por justa causa conforme requisito de causalidade, que corresponde ao seu comportamento não compatível com os desejados pela empresa.

Portanto, haverá nesse caso a rescisão do contrato que se configura conforme a seguir:

A rescisão do contrato de trabalho pode ser determinada por um motivo provocado pela outra parte, revestido de certas características que impedem o prosseguimento da relação de emprego. Torna-se, em consequência, impossível ou muito difícil a continuidade do vínculo contratual, diante das circunstâncias que envolvem essa situação. Se esse motivo é provocado pelo empregado, ao empregador é dado despedi-lo por justa causa.(NASCIMENTO,2013, p.1249).

Assim, terminará o vínculo empregatício obedecendo todas as disposições legais, visto que nessa situação exposta nesse trabalho, configura um comportamento inadequado por parte do empregado, onde o mesmo, fez uso reiterado de aparelho celular em horários inoportunos dentro do ambiente de trabalho. Portanto, adotando essas medidas disciplinares a empresa diminuirá o índice de incidência desse problema, aumentando assim sua produtividade e evitando maiores lides entre empregador e empregado.

CONCLUSÃO

Diante do exposto no presente artigo, compreende-se que o aparelho celular tornou-se uma ferramenta tecnológica essencial nos dias atuais para grande parte da sociedade.

Com relação ao uso em momentos inoportunos no ambiente de trabalho caberá o empregador criar regras que deverão ser obedecidas por seus subordinados nos horários de execução de suas atividades dentro da empresa, para que não haja diminuição da produção, e como demonstrado no decorrer do trabalho o funcionário que não cumprir com as diretrizes da organização poderá sofrer sanções disciplinares, para que sua postura profissional melhore.

Assim, torna-se claramente evidente de que as pessoas devem rever as formas de usar seu aparelho celular, pois sua tecnologia é suma importância para o contínuo processo de globalização e desenvolvimento de nossa sociedade, sendo assim não podemos descartá-lo e sim utilizarmos desse grande recurso tecnológico, porém, de forma consciente não deixando que um simples aparelho celular interfira no seu desempenho profissional mais sim seja um objeto facilitador entre as partes, gerando benefícios e não conflitos

Por fim, a luz da teoria exposta pelas diversas bibliografias utilizadas, todas foram pertinentes para reafirmar o pensamento pressuposto pelo autor.

REFERÊNCIAS

AIETA, Vânia Siciliano. A violação da intimidade no ambiente de trabalho e o monitoramento eletrônico dos empregados. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, ano 14, n.55, p.60-88, abr./jun.2006.

BERBEL, Neusi Aparecida Navas. **Conhecer e Intervir: Desafio da Metodologia da Problematização**. Londrina: UEL, 2001.

DAVIS, Keith; NEWSTROM, John W. **Comportamento humano no trabalho**. vol.1. São Paulo: Cengagelearning, 1992

FIGLIARELLI, Virgílio. **Wireless: Introdução às Redes de Telecomunicação Móveis Celulares**. Rio de Janeiro: Brasport, 2005.

GIDDENS, Anthony. **Sociologia**. 6.ed. rev. atual. Porto Alegre: Penso, 2012.

GIACOMINI, Mariana. O monitoramento do e-mail corporativo e o poder de comando patronal. **Revista Trabalhista: Direito e Processo**, São Paulo, ano 10, n.40, p.76-95, out./dez.2011.

GONÇALVES, Cristina Faria Fidelis. **Ergonomia e qualidade nos serviços: uma metodologia de avaliação**. Londrina: UEL, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. **Direito do Trabalho**. 30.ed. rev. atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho: Relações Individuais, Sindicais e Coletivas do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Curso de Direito do Trabalho**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

VIEIRA, Henrique Gambaro. **Do empregador ao empregado: O direito do trabalho como ferramenta defensiva.** Londrina: Redacional Editora, 2006.

CAPÍTULO XXIII

REINSERÇÃO SOCIAL DOS PRESOS E EGRESSOS POR MEIO DO TRABALHO: COTAS SOCIAIS COMO GARANTIA DE INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO

SOCIAL REINSERTION OF PRISONERS AND EX CONVICTS THROUGH WORK: SOCIAL QUOTAS AS WARRANTY OF INCLUSION IN WORKPLACE

Lucas Zeitune de Castro

RESUMO: É tendência contemporânea o empreendimento de estudos relacionados à reinserção social dos presidiários e egressos, tendo em vista o preconceito arraigado na sociedade, gerando um estigma que dificulta a obtenção de soluções para o problema. O princípio da dignidade da pessoa humana é visualizado, modernamente, como núcleo básico e informador de todo e qualquer ordenamento jurídico, inscrito no inciso III do art. 1º da Constituição Federal, o qual alcança também aqueles que buscam, com todas as suas forças, deixar a vida passada de crimes e desacertos e se reinserir no convívio social. Busca-se neste presente trabalho atingir a ressocialização dos reclusos por meio do trabalho especificamente. Sendo o trabalho capaz de propiciar a ele uma nova função na sociedade, providenciar uma melhor condição socioeconômica ao presidiário e a sua família, maior ocupação temporal, logo, enfraquecendo a possibilidade de reincidência criminal.

PALAVRAS-CHAVE: reinserção social; dignidade da pessoa humana; socialização; trabalho; inclusão social.

KEYWORDS: It's a contemporary tendence the enterprise of researches related to social reinsertion of prisoners and ex-convicts looking forward the preconception rooted in our society creating a stereotype that avoid us founding solutions. The human dignity principle is seen like a basic core and informer of all and any law system registered in item III of first article of Federal Constitution which also reaches those who try with all your staff let the past life of crimes and reinsert themselves in your communities. We look for the social rehabilitation of former inmates through working specifically. The work is able to create a new function for him inside the society, provide a better social and economic condition bigger time occupation so weakening the repeated infringements.

INTRODUÇÃO

Inicialmente, cabe pontuar que a preocupação com a vivência da reclusão nos estabelecimentos prisionais tem ganhado cada vez mais espaço. Meio que tem como finalidade outra problemática, a reinserção do ex-presidiário, seja em liberdade provisória ou definitiva, na sua comunidade.

A ressocialização do recluso possibilita o seu retorno à sociedade. Neste sentido orientou-se o Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que há mais de cinco anos desenvolve um projeto chamado “mutirão carcerário”, propiciando visitas aos presídios para assegurar uma vivência digna por parte dos reclusos. Realiza-se análise dos processos, averiguando possíveis falhas técnicas no cumprimento das execuções penais. Isso tudo busca motivar os reclusos a seguir o modelo legal. O Estado passa confiança ao recluso quando corresponde ao cumprimento da dívida que o recluso tem para com a sociedade, descartando a ideia de que os presidiários são excluídos e separados dos outros cidadãos para o bem geral, visão que muitas vezes prevalece.

Posto isso, a maneira de ressocialização que buscamos neste trabalho é a reinserção social do recluso por meio do trabalho. Não que seja a melhor forma de reinseri-los na comunidade, mas com certeza a mais completa, uma vez que atinge a esfera pessoal, familiar e social.

Existem, na atualidade, programas de empresas privadas ou mesmo órgãos da administração que estabelecem parcerias com estabelecimentos prisionais, inserindo os presidiários no mercado de trabalho. Entretanto, limita-se a iniciativas ocasionais, na maioria das vezes movidas por interesses econômicos do que por uma visão solidária, devido ao preconceito enraizado em nossa sociedade.

Logo, faz-se necessário uma garantia, concedida por parte do Estado, de inclusão dos presidiários e egressos no mercado de trabalho. O enquadramento da contratação de reclusos e egressos como dever legal permitirá que vençamos o preconceito e o estereótipo, próprios de exclusão social desse grupo. Uma idealizada visão de solidariedade em relação a este grupo ainda se faz muito imatura em nosso mercado de trabalho, e na sociedade como um todo.

1. A IMPORTÂNCIA DO TRABALHO NA VIDA DOS RECLUSOS E SEUS BENEFÍCIOS PARA A SOCIEDADE.

Primordial demonstra ser a conceituação de socialização, termo que compreende a maneira que um indivíduo interpretou o mundo exterior que lhe foi apresentado. As instituições em geral visam fornecer um modelo social, um código de condutas a ser seguida, contudo, a interpretação é pessoal e, seja por circunstâncias familiares, pessoais ou socioeconômicas, há desvios desse padrão de comportamento idealizado pela sociedade. Os desvios que atingem bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal correspondem aos crimes. Nas palavras de Berger e Luckmann:

“São os primeiros contatos com outros significantes. Esta apreensão, interiorização não resulta de criações autônomas de significado pelos próprios indivíduos isolados, começa antes com o indivíduo a ‘assumir’ o mundo no qual os outros com quem contacta já vivem. Sem dúvida que este ‘assumir’ é em si mesmo, um processo original para cada ser humano, e aqui está a especificidade de cada um. (Berger; Luckmann; 2004:137)”.

Ademais, privadas de suas liberdades, essas pessoas necessitam da ressocialização em se tratando dos desvios cometidos, durante o período de cumprimento de pena, para posterior reintegração social. Acreditamos ser o trabalho uma maneira efetiva de ressocialização e, conseqüentemente, de reintegração social.

O estabelecimento prisional deve constituir-se como um local produtivo, com metas estabelecidas, a fim de que afastem os reclusos do caminho da reincidência. Ao contrário, um estabelecimento sem ocupação educacional ou profissional torna os reclusos inativos, sem ambições e objetivos, desperdiçando os recursos investidos pelo governo para reinserção social desses indivíduos, além de incitar a reincidência criminal.

Por outro lado, de acordo com a Lei de Execução Penal, a relação trabalhista de um detento não está sujeita ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT). Portanto, o empresário fica isento de encargos como férias, 13 e recolhimento ao FGTS.

A maioria dos reclusos tem baixo nível de escolaridade, sendo assim, devem-se prever incentivos à capacitação profissional, para que possam ocupar também cargos de maior qualificação, e não se limitarem a ocupar pastos e construções.

2. COTAS SOCIAIS PARA OS RECLUSOS NOS ÓRGÃOS PÚBLICOS E DEMAIS INSTITUIÇÕES DA ADMINISTRAÇÃO.

Os programas voltados para a assistência a presos se restringem a poucas iniciativas, na maior parte das ocasiões movidas por interesses econômicos. Contudo, na maioria das vezes que empresas e órgãos públicos inserem presidiários em seus quadros de pessoal, os resultados são positivos.

Os reclusos costumam tentar recompensar o apoio fornecido por sua família por meio do trabalho, que lhe garante um salário, que por sua vez eleva a condição socioeconômica da sua família, ou então, buscam por meio do trabalho melhorar sua própria condição financeira e social e constituir uma família. O preso ou egresso que assume um emprego sente-se pertencente à sociedade, considerando seu novo papel no mercado de trabalho.

Desta maneira, visando o contínuo crescimento desse benefício recíproco, recomenda-se a criação de cotas sociais para presos e egressos em cargos dos quadros de pessoal dos órgãos públicos e demais instituições da administração, sendo regulamentadas em lei.

Por outro lado, o processo de ressocialização exige do recluso sua voluntariedade, motivada por diversos fatores. Há casos de presos que não estão preparados ou simplesmente preferem não viver em harmonia com o código de condutas estabelecido pela nossa sociedade.

Portanto, pretendendo garantir segurança aos empregadores, o recluso deve se destacar no estabelecimento prisional durante o cumprimento de sua pena para ter direito à cota social. Iniciar-se-iam os trabalhos na empregadora ainda no decorrer do período de cumprimento da sentença judicial, ou então o indivíduo teria que apresentar uma experiência profissional com resultados positivos, realizada, também, no decorrer do período de ressocialização.

Isto posto, cabe à empregadora lhes providenciar capacitação profissional, a fim de que possam conquistar promoções na sua carreira dentro da entidade. As despesas investidas em qualificação não serão um revés para o empregador, uma vez que a contratação de um preso ou egresso se faz até três vezes mais barata que a admissão de um trabalhador comum.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

O Estado Brasileiro, ao assegurar uma vida digna aos seus cidadãos, deve impedir qualquer tipo de exclusão social. O direito a uma vida digna se instrumentaliza com medidas adotadas pelo Governo, assim como o faz com a reintegração dos presos em suas comunidades.

Ademais, o preconceito enraizado nas pessoas e o estigma estabelecido aos presidiários impedem que uma iniciativa civil de solidariedade exista e seja capaz de inserir esse grupo no mercado de trabalho.

Logo, faz-se necessário a criação de cotas sociais no quadro de pessoal dos órgãos públicos e instituições da administração aos reclusos. Ninguém melhor do que o Estado para mostrar a importância e a efetividade de tal inclusão social, possibilitando o fim do preconceito que leva à reincidência criminal e ao desperdício de recursos estatais.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

FOUCAULT, Michel. Vigiar e punir: nascimento da prisão; tradução de Raquel Ramalhete. Petrópolis, Vozes, 1987.

SILVA, Cecília Bibiana Martins. A vida de ex-reclusos, por suas palavras. : Os liames entre a vida na prisão e a (re)inserção social. Porto, Ed. Porto, 2013.

RIBEIRO, Gabriel Nogueira; MARQUES, Verônica Teixeira. REINSERÇÃO SOCIAL: PARA PENSAR POLÍTICAS PÚBLICAS DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS. In: Congresso Nacional CONPEDI, 2013, São Paulo-SP. XXII Congresso Nacional CONPEDI. FUNJAB, 2013, p. 444-465. 01/05/2014. Agência CNJ de Justiça. Disponível em < <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/61599-insercao-de-presos-no-mercado-de-trabalho-beneficia-empresas-e-sociedade>> Acessado em 23/08/2016.

22/06/2012. Mutirão Carcerário. Disponível em < <https://www.youtube.com/watch?v=gjFRd4oXTmQ>> Acessado em 22/08/2016