

Organizadores

Carlos Luiz Strapazon

Margareth Anne Leister

Rogério Luiz Nery da Silva

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*A Proteção Constitucional da Seguridade Social
e do Trabalho Digno- Tomo V*



Editora Unoesc

978-85-8422-038-0



9 788584 220380

Organizadores

Carlos Luiz Strapazon

Margareth Anne Leister

Rogério Luiz Nery da Silva

ISBN 978-85-8422-038-0

Série

Direitos Fundamentais Sociais

*A Proteção Constitucional da Seguridade Social
e do Trabalho Digno- Tomo V*



Editora Unoesc

Editora Unoesc

Coordenação
Débora Diersmann Silva Pereira - Editora Executiva

Revisão metodológica: Gilvana Toniélo, Giovana Patrícia Bizinela, Bianca Regina Paganini
Projeto Gráfico e Capa: Daniely A. Terao Guedes

Dados Internacionais de Catalogação-na-Publicação (CIP)

P967

A proteção constitucional da seguridade social e do trabalho digno: Tomo V / organizadores Carlos Luiz Strapazzon, Margareth Anne Leister, Rogério Luiz Nery da Silva. – Joaçaba: Editora Unoesc, 2015. – (Série Direitos Fundamentais Sociais)
233 p. ; il. ; 30 cm.

ISBN 978-85-8422-038-0

1. Direitos fundamentais. 2. Seguridade social. 3. Trabalho - Dignidade. I. Strapazzon, Carlos Luiz. II. Leister, Margareth Anne. III. Silva, Rogério Luiz Nery da. IV. Série

CDD 340.1

Universidade do Oeste de Santa Catarina – Unoesc

Reitor
Aristides Cimadon

Vice-reitores de *Campi*
Campus de Chapecó
Ricardo Antonio De Marco
Campus de São Miguel do Oeste
Vitor Carlos D'Agostini
Campus de Videira
Antonio Carlos de Souza
Campus de Xanxerê
Genesio Téo

Pró-reitor de Graduação
Ricardo Marcelo de Menezes

Pró-reitor de Pesquisa, Pós-graduação e Extensão
Fábio Lazzarotti

Diretor Executivo da Reitoria
Alciomar Marin

Conselho Editorial

Fabio Lazzarotti
Débora Diersmann Silva Pereira
Andréa Jaqueline Prates Ribeiro
Glauber Wagner
Eliane Salete Filipim
Carlos Luiz Strapazzon
Marilda Pasqual Schneider
Claudio Luiz Orço
Maria Rita Nogueira
Daniele Cristine Beuron

Organizadores

Carlos Luiz Strapazzon
Margareth Anne Leister
Rogério Luiz Nery da Silva

Comissão Científica

Rogério Gesta Leal (Unoesc, Brasil)
Rodrigo Goldschmidt (Unoesc, Brasil)
Francesco Saitto (La Sapienza, Italia)
Mercè Barcelò i Serramalera (UAB-Espanha)
Elda Coelho Bussinguer (FDV, Brasil)
Eduardo Biacchi Gomes (Unibrasil, Brasil)
Christian Courtis (UBA, Argentina)
Ivan Obando Camino (Talca, Chile)

A revisão linguística é de responsabilidade dos autores.

SUMÁRIO

CAPÍTULO I - SEGURIDADE SOCIAL E RESPONSABILIDADE CIVIL

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ENTRE FALTA DE EFETIVIDADE E JUDICIALIZAÇÃO?	11
--	----

Carlos Luiz Strapazzon, Dilso Antonio Santin

FATOR PREVIDENCIÁRIO E A FÓRMULA 85/95	25
---	----

Ludmila Kolb Kolb de Vargas Cavalli, Clarice Mendes Dalbosco

A MOROSIDADE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DAS APOSENTADORIAS E OS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	39
---	----

Wilson Steinmetz, Reinaldo Gomes Ferreira

PENSÃO ESPECIAL PAGA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA ÀS PESSOAS DEFICIENTES	49
--	----

Rogério Gesta Leal, Rose Maria dos Passos

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA RECEBIDO PELO DEFICIENTE E SEU CÔMPUTO PARA FINS DE DEFINIÇÃO DA RENDA <i>PER CAPITA</i> DO GRUPO FAMILIAR: O NÃO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DAS PREVISÕES DOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DOS ARTIGOS 34 DO ESTATUTO DO IDOSO E DO ARTIGO 19 DO DECRETO N. 6.214/07	63
--	----

Robison Tramontina, Alexandra Vanessa Klein Perico

O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA	81
---	----

Elizabete Geremias, Rodrigo Goldschmidt

O DIREITO FRATERNAL COMO MECANISMO HERMENÊUTICO NA TÉCNICA DE SOPEAMENTO ALEXIANA: RESPOSTA AO CONFLITO EPISTÊMICO ENTRE DIREITO DIFUSO AO MEIO AMBIENTE DE QUALIDADE E OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO	97
---	----

Jaime Leonidas Miranda Alves, Bruno Valverde Chahaira

CAPÍTULO II - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL AO TRABALHO

POLÍTICAS PÚBLICAS E A QUESTÃO DO GÊNERO: BREVES ASPECTOS SOBRE A LICENÇA-PATERNIDADE ESTENDIDA E SEUS REFLEXOS NA IGUALDADE DE GÊNERO	113
---	-----

Alexandre Elio Scariot

POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO	131
--	-----

Darléa Carine Palma, Rogério Luiz Nery da Silva

OS NOVOS DIREITOS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS BRASILEIROS A PARTIR DA REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 72	145
Caren Silva Machado Medeiros, Isadora Kauana Lazaretti	
A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DIANTE DAS MUTAÇÕES CONTEMPORÂNEAS NO MUNDO DO TRABALHO: O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO	161
Rodrigo Goldschmidt, Jaqueline Bitencourt	
IDENTIDADE, IMIGRAÇÃO E TRABALHO: OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR HAITIANO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	175
Thais Janaina Wenczenovicz, Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira	
AS SÚMULAS E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO	193
Andre Rodrigues, Rogério Gesta Leal	
A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO ..	209
Carlana Luiza Rigoni, Rodrigo Garcia Schwarz	
RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: AVANÇOS E APLICABILIDADE NAS ATIVIDADES DE RISCO	221
Samoel Sander Mühl, Rodrigo Goldschmidt	

APRESENTAÇÃO

Prezados leitores, em meio a um cenário de crise econômica, política, institucional e mesmo de moralidade, pelo qual atravessa o povo brasileiro, perplexo e extasiado, diante de problemas complexos que desvelam a necessidade de um maior engajamento de cada um no combate à injustiça, à improbidade e ao egoísmo, a Unoesc se solidariza com a sociedade brasileira, promovendo o debate em torno de questões de ampliada relevância e confirma sua tradição na organização de eventos internacionais de qualidade, no meio universitário. O 2015 Unoesc International Legal Seminar oportunizou o encontro de posições teórico-legislativas e jurisprudenciais sobre as realidades europeia e sul americana, tendo como convidados especiais os professores Beniamino Caravita de Toritto, da Universidade de Roma 1 (La Sapienza (Itália) e Ivan Obando Camino, da Universidade de Talca (Chile), assim como permitiu a apresentação de trabalhos submetidos e selecionados em double blind review, os quais são ora oferecidos ao público leitor e pesquisador nesta coletânea de conteúdo científico problematizado, destinada ao enfrentamento de questões abstratas e concretas, atuais, atinentes aos direitos sociais, deixando a certeza de contribuir efetiva e eficazmente para o desenvolvimento da pesquisa no universo acadêmico. O livro A proteção constitucional da seguridade social e do trabalho digno, coordenado pelos professores-doutores Rogério Luiz Nery da Silva e Carlos Luiz Strapazzon (ambos da Unoesc) e pela professora-doutora Margareth-Anne Leister (da Unifieo) se organiza topograficamente em duas grandes partes: na primeira, Seguridade social e responsabilidade civil, temas palpitantes, como: a efetivação e judicialização de direitos sociais; o cálculo do fator previdenciário; a morosidade do controle sobre as aposentadorias e a dignidade dos pretensos beneficiários; a pensão especial e o benefício de prestação continuada destinados a pessoas com deficiência, além de aportes a respeito da igualdade no estatuto do idoso, dano moral e a ponderação no conflito entre o desenvolvimento econômico e meio ambiente de qualidade. Já, na segunda parte, A proteção constitucional ao trabalho digno, encontram-se artigos versando diversas manifestações: quer contra o trabalho escravo ou contra a precarização de direitos trabalhistas em decorrência da terceirização; quer protetivas do trabalhador doméstico ou do trabalhador imigrante; ou, ainda, pela responsabilização civil do dano existencial laboral ou da responsabilização objetiva quanto às atividades de risco. Portanto, como se pode de simples análise constatar, configura-se um apanhado de textos, da mais provocante indagação na seara securitária e trabalhista, a compor um mosaico de boas leituras e reflexões.

Chapecó-SC, 9 de novembro de 2015.

Rogério Luiz Nery da Silva

Professor-doutor

Titular de políticas públicas e direitos fundamentais sociais

Curso de Mestrado da Unoesc

Capítulo I

Seguridade Social e Responsabilidade Civil



Editora Unoesc

DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS: ENTRE FALTA DE EFETIVIDADE E JUDICIALIZAÇÃO?

Carlos Luiz Strapazzon*
Dilso Antonio Santin**

RESUMO

A evolução natural do Estado Democrático de Direito levou à ideia do Estado como provedor dos chamados direitos sociais, que, assim, passaram a ser vistos como verdadeiros direitos subjetivos. A fórmula encontrada para a realização dessa tarefa se concentrou na criação de políticas públicas, que, mesmo não presentes de forma altamente específica na Constituição Federal, encontram neste texto suas bases fundamentais. Ocorre que o Estado brasileiro não tem se esmerado na promoção das políticas públicas, o que tem levado os titulares dos direitos sociais à busca da efetividade junto ao Poder Judiciário, o que, se de um lado, se revela suficiente para a resolução de algumas questões, não serve para o trato definitivo do problema. Dessas circunstâncias advém uma conclusão paradoxal, que considera uma pretensa eficácia constitucional em face de uma prática que dela se distancia e das consequências da judicialização desses direitos, restando uma espécie de “tudo ou nada”, que destoa em muito dos postulados constitucionais e mesmo das práticas verificadas em países que se encontram no mesmo nível de desenvolvimento do Brasil. Não obstante esse estado de coisas é possível vislumbrar o Judiciário como controlador do cumprimento dos preceitos constitucionais inerentes, não pela via da judicialização direta e específica desses direitos, mas pela aferição da legitimidade das políticas públicas, ou, em outro sentido, pela imposição de sua criação por parte do Estado, pois, nesse momento, não se percebe ambiente mais adequado à realização de discussão tão ampla e complexa.

Palavras-chave: Direitos fundamentais sociais. Efetividade. Judicialização. Políticas públicas.

1 INTRODUÇÃO

A pressuposta exigibilidade dos direitos sociais é um tema instigante e em certo sentido, ingrato, tanto porque a aparente facilidade de sua fundamentação se revela extremamente intrincada na medida em que se avança pelos meandros de suas especificidades, quanto porque se parte sempre da inarredável premissa da ausência de recursos e do “princípio” da primazia, ou da precedência, do orçamento público.

Não obstante isso, há de se enfatizar que os direitos sociais são uma conquista da sociedade brasileira, para a qual os mesmos se traduzem em, no mínimo, perspectivas cujos prazos podem variar do curtíssimo ao longo, o que depende de contextos altamente específicos e de construções democráticas diárias, além, é claro, do alcance e gestão dos recursos inerentes. Isso porque, para a realização dos direitos sociais são necessárias políticas públicas, área na qual o Estado brasileiro

* Pós-Doutor em Direitos Fundamentais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Doutor em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu (Mestrado) em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com; strapazzon.carlos.luiz@gmail.com

** adilsosantin@gmail.com

tem se esmerado em descumprir solenemente os ditames da Carta Política, ou, em muitos casos, deixado de agir com a necessária competência na execução de planos razoavelmente elaborados.

Dessa realidade defluiu a inevitável judicialização dos direitos sociais, mormente os relacionados à saúde; muito por força da sempre presente urgência; situação que também gera uma série de implicações negativas, que vão desde o problema do acesso à justiça até eventuais excessos cometidos pelo Poder Judiciário, passando, é claro, pelo tema do ativismo judicial.

Nesse contexto, os direitos sociais sofrem as consequências do paradoxo da plena garantia constitucional frente à impossibilidade prática de sua realização, situação que o presente trabalho pretende analisar, no intuito de colaborar com o debate acerca de se a questão deve ser; como tem sido; tratada a partir do tudo ou nada ou se existem alternativas viáveis para o alcance de níveis de efetividade adequados para o presente e tendentes a acréscimos futuros, considerando, sobretudo, as políticas públicas na sua precípua vinculação com a realização dos direitos sociais, e, por consequência última, da dignidade humana.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS

No entender de Bucci (2006, p. 2-3), os Direitos Sociais presentes nas normas fundamentais demonstram o formato do Estado Social e a transformação ocorrida no universo normativo-jurídico no Século XX; processo de transição que se pautou pela mudança do paradigma das normas de poder e liberdades políticas para se voltar para conjuntos normativos estruturantes cujo enfoque é evidentemente prestacional. Daí se extrai que a participação do Estado é inafastável na realização desses direitos e, por consequência, justifica o acréscimo de sua intervenção na economia e, na mesma linha argumentativa, traz à tona um novo constitucionalismo, que se embasa especialmente na força normativa da Constituição (BUCCI, 2006, p. 5-6).

Sobre a temática da força normativa da Constituição, Hesse (1991, p. 13) inicia por afirmar que existe um condicionamento recíproco entre a Constituição jurídica e a realidade político-social; ainda que o passado seja marcado pelo distanciamento entre as normas e a realidade; para depois propugnar (HESSE, 1991, p. 15) que a “[...] a eficácia de uma norma constitucional não se confunde com as condições de sua realização”, ela associa-se às mesmas como elemento autônomo, de modo que, a Constituição não configura apenas a expressão de um ser, mas, além disso, de um dever ser, por onde se vê que a pretensão de eficácia da Constituição jurídica é um elemento autônomo dentre as forças das quais resulta a realidade estatal.

Ao se considerar as peculiares circunstâncias do caso brasileiro há que se ter em mente que nossa tradição constitucional é recentíssima, da mesma forma que o próprio Estado Democrático de Direito se iniciou há pouco, sucedendo um longo período que se caracterizou por instabilidades políticas e, por consequência, sociais, de onde decorreram indelévels problemas relacionados aos direitos direcionados à sociedade como um todo. Ainda assim, as experiências consolidadas de acertos e equívocos no seguimento público sempre podem servir para o aprimoramento das teorias e das práticas inerentes à realização dos objetivos constitucionalmente estabelecidos, pois esse meio não comporta a utilização de fórmulas prontas e acabadas.

Nessa esteira, é possível mencionar que a Constituição Federal não se esmerou em especificar políticas públicas, o que poderia ser visto como um problema para a realização dos direitos sociais. Considerando essa oportuna objeção, pode-se dela extrair as seguintes conclusões: a) dita

objeção tem origem em uma visão extremamente liberal e pretende a estabilização e a perpetuação da constituição, deixando, todavia, de entender que a mesma é interpretada e “atualizada” pela jurisprudência da Corte Constitucional; b) não obstante, a objeção procede em relação à governabilidade, pois a constitucionalização de determinadas matérias pode levar à limitação do poder de ação dos governos futuros, restringindo o espaço próprio da política; e, c) a constitucionalização é o resultado de um contexto histórico e pode conduzir à banalização do texto, o que significaria o esvaziamento do seu status de norma fundamental (BUCCI, 2006, p. 19-20).

No caminho de uma conceituação de políticas públicas, Procopiuck (2013, p. 139-140) afirma que como conteúdo, as mesmas constituem manifestações estatais sobre intenções de realizações que se embasam em comandos normativos, advertindo que podem existir políticas públicas implícitas ou não declaradas formalmente. Dessa assertiva decorre a conclusão pela vinculação da realização das políticas públicas ao Estado; ainda que as mesmas possam ser desenvolvidas em parcerias com entidades não governamentais; da mesma forma que se vê uma relação inexorável das mesmas com o direito e, por isso mesmo, exurgem os problemas inerentes à interpretação deste e à formação e execução daquelas. O mesmo autor (PROCOPIUCK, 2013, p. 141-142) vislumbra que a política pública é um conjunto de diretrizes que fixam os parâmetros da ação governamental, desenvolvendo-se em seis fases: a) iniciação, que trata da análise do problema, da definição dos objetivos e da criação das opções; b) estimação, que prospecta as possíveis consequências; c) seleção, caracterizada pela decisão entre as opções existentes; d) implementação, calcada na transformação das decisões em termos operacionais; e) avaliação, que cuida da comparação entre o resultado obtido e o esperado; e, e) conclusão, cuja função é especificar os problemas detectados.

Do tanto que até agora foi visto releva destacar o inafastável envolvimento do Estado na formulação e na operacionalização das políticas públicas, bem como, do objetivo precípua das mesmas na direção do atendimento dos direitos sociais. Essa lógica instrumental aponta para o Estado como mantenedor das necessidades sociais; ainda que tal não possa ser levado às últimas consequências; e, mais do que isso, para a necessidade da presença das capacidades inerentes, o que torna as coisas um pouco mais complexas, na medida em que se sabe dos problemas que envolvem a atuação estatal no Brasil.

3 A EXIGIBILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

O capítulo II da Constituição Federal trata dos direitos sociais, categoria de direitos fundamentais cujo rol contempla a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Mesmo que algumas disposições especifiquem parte desses direitos; fazendo-o, todavia, de forma limitada àqueles relacionados ou decorrentes das relações de trabalho e emprego; é fácil constatar que se trata de conceitos abertos e cuja abstração ultrapassa os níveis usuais dos textos normativos.

Claro está que, em certa medida, essa característica decorre da localização desses direitos na Constituição, o que, inclusive, exige de forma expressa algumas regulamentações por via de leis que esclareçam e refinem tais conteúdos, da mesma forma que se pode entender que um texto dessa importância deve ser criado com o intuito de se perpetuar no tempo, de onde se extrai que

certo nível de detalhamento poderia levar a uma defasagem prematura, mormente por conta das instabilidades evolutivas pelas quais passa a sociedade brasileira.

No mesmo sentido, é necessário relevar que a Constituição Federal vigente foi promulgada em um momento histórico que, por muitas e intuitivas razões, exigia uma máxima abrangência no que toca às previsões de direitos fundamentais, também e principalmente no sentido de deixar às futuras gerações a (re)construção dos mesmos, o que muitas vezes proporciona a visão de direitos tão somente como boas intenções irrealizáveis ou realizáveis em cenários futuros e incertos.

Ainda que tais assertivas se mostrem plenamente justificadas, passados mais de vinte e cinco anos da promulgação da Constituição Federal, não se pode afirmar que houve um progresso aceitável no sentido da caracterização dos direitos aqui tratados, como ocorreu relativamente a outras questões de importância similar, de modo que, esse estado de coisas tem se revelado extremamente improdutivo para efeito da necessária e esperada concretização dessas garantias. Todavia, é correto notar que não se trata de uma situação exclusiva do nosso Estado, pois são conhecidos problemas análogos em muitos países ocidentais, ainda que isso não signifique alento algum, mesmo porque, também existem exemplos positivos de caracterização e concretização de direitos sociais em países que podem, ressalvados os contextos sociais próprios, ser comparados ao Brasil. Ou seja, não há fundamentação plausível para a ausência de ações tendentes à efetivação de direitos constitucionais tão relevantes, mormente ao se considerar a pretensão legítima de eficácia imediata das normas que os veiculam.

Um primeiro aspecto importante para a consideração dos direitos fundamentais no Brasil se relaciona com a abertura do catálogo, já que o conteúdo do § 2º do art. 5º da Constituição Federal afirma a existência de outros direitos não positivados, mas decorrentes dos princípios adotados pelo texto político e dos tratados e convenções internacionais. Assim, parece correto dizer que não existe uma taxatividade normativa quanto a quais sejam os direitos fundamentais, porque à relação formal podem ser agregados outros direitos oriundos das fontes formalmente admitidas. Sobre esse ponto caberia a discussão acerca do alcance dessa regra, uma vez que a mesma esteja inserida no campo dos direitos fundamentais individuais e coletivos, o que pode ser visto como fator de exclusão dessa possibilidade de abertura em relação aos direitos sociais, com muito oportunamente alerta Sarlet (2012, p. 82-84). Contudo; sem menosprezar a importância desse debate; para as circunscritas pretensões do presente trabalho, parte-se dos direitos sociais previstos literalmente no art. 6º da Constituição, o que se faz tão-somente para restringir o âmbito das dificuldades que serão enfrentadas e no intuito de uma análise que não é pontualmente voltada a esse aspecto particular da questão.

Pois bem, se a temática dos direitos fundamentais já se inicia pelo questionamento acerca de quais sejam esses direitos, maiores problemas advêm da tentativa de conceituação daqueles elencados textualmente. Essa especial circunstância se relaciona com a dificuldade interpretativa oferecida pela limitação inerente às palavras. É evidente que a definição de saúde ou de previdência social guarda íntima proximidade com um contexto social muito específico; mesmo considerando um determinado país, o significado dessas garantias ou pretensões será diversamente entendido em momentos históricos diferentes. Aliás, convém ressaltar que em vista da extensão do território nacional e da diversidade geopolítica verificada no país, mesmo no presente momento é possível dizer sem cometer um excesso de veemência que o significado de um direito social é diferente para uma e outra região ou estado-membro, ou, ainda, dentro dos limites de uma

mesma metrópole, o que se mostra muito evidente na saúde, cuja atenção é dada de forma direta pelos municípios, originando níveis de qualidade cuja incoerência se relaciona com a postura das administrações locais.

Ao discorrer sobre a definição do conteúdo do conceito substancial dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico nacional Sarlet (2012, p. 84) afirma que não existem propostas nesse sentido, tratando-se de campo “relativamente inexplorado” na doutrina brasileira especializada. Claro que este questionamento se refere à totalidade dos direitos fundamentais, sem questionar um ou outro de maneira específica, mas isso confirma que o tratamento dos direitos fundamentais sempre implica em dificuldades, que se iniciam na conceituação e se estendem até o âmbito de proteção e a titularidade. A partir desse preâmbulo é fácil concluir que os problemas relacionados à efetividade sejam ainda mais frequentes e importantes, a ponto de reduzi-la ou mesmo impedi-la em sua totalidade.

Na verdade, o problema começa mesmo antes das questões conceituais que envolvem os direitos fundamentais, pois ainda pairam sérias dúvidas sobre a viabilidade do reconhecimento dos direitos sociais como direitos subjetivos, como bem considerado por Alexy (2009, p. 503-504), que aponta para a existência de duas teses em favor dos mesmos: a primeira sustenta que a liberdade jurídica, que significa a liberdade de fazer ou não fazer algo, só é possível se acompanhada da liberdade fática, isto é, a real possibilidade de escolher entre as alternativas oferecidas; já a segunda tese defende a ideia de que a liberdade fática depende das ações estatais. A partir da insuficiência dessas duas teses, esse autor (ALEXY, 2009, p. 505) vê a necessidade da garantia da liberdade fática pelos direitos fundamentais, porque o argumento da liberdade só pode ser aceito se complementado pela sua garantia direta pelos direitos fundamentais, ou melhor, é necessário fundamentar porque a liberdade fática está incluída na liberdade garantida pelos direitos fundamentais. Porém, ele destaca ainda (ALEXY, 2009, p. 509), que existe um argumento substancial contrário aos direitos fundamentais, consistente na sua incompatibilidade de convivência, ou, no mínimo, na possibilidade de colisão dos mesmos, com normas constitucionais materiais, que garantem direitos de liberdade e, portanto, esse argumento se funda também na liberdade, embora em acepção um tanto divergente, por onde se percebe que a mesma liberdade que fundamenta a possibilidade dos direitos sociais é base possivelmente segura para contrariá-la.

Em defesa dos direitos fundamentais sociais, Abramovich (2011, p. 27-28) faz veemente argumentação em prol do reconhecimento e da exigibilidade dos mesmos, cujo ponto principal diz respeito à sua grande proximidade com os direitos civis e políticos tradicionais, inclusive a partir da ideia de que muitos níveis de obrigações estatais são comuns às duas categoriais, por onde se poderia concluir que não há motivo racional suficiente para manter a distinção.

Sobre o mesmo problema, Leal (2009, p. 72-74) destaca que o Estado Social de Direito enfrenta o desafio de garantir a justiça social, no que importa sobremaneira o desenvolvimento da pessoa humana, sem deixar de observar o ordenamento jurídico, o que significa a necessidade de um olhar ético para as prerrogativas humanas fundamentais e da equalização necessária para a obtenção e administração dos recursos e inerentes às iniciativas necessárias.

Ainda conforme Alexy (2009, p. 442-444), a compreensão ampla do conceito de direitos sociais como direitos a prestações, que podem ser fáticas e normativas, se opõe ao conceito de direito de defesa; que compreende todos os direitos relativos à abstenção estatal; e estão divididos em: a) direitos a proteção; b) direitos a organização e procedimento; e, c) direitos a prestações

em sentido estrito. A especificação desta distinção não encontra oportunidade neste estudo, pois ao seu intento basta a apreensão da ideia da contrariedade aqui exprimida.

Poder-se-ia, assim, simplificar a questão dos direitos sociais dizendo-os necessários, relevantes e exigíveis, mas dependentes de recursos econômicos estatais, o que, contudo, seria minimizar a complexidade que os envolve. De toda forma, mostra-se suficiente pontuar que à realização dos direitos sociais não basta uma postura estatal omissiva, porquanto os mesmos exijam ações efetivas e, mais do que isso, a capacidade de se ajustar a realidades em constante transformação, no que se destaca que a evolução social implica acréscimo de exigências e, conseqüentemente, de direitos. Ou seja, é racionalmente admissível que a efetividade dos direitos fundamentais sociais não seja assim tão urgente e que os mesmos sejam observados de maneira gradativa, o que, contudo, não significa dizer que se pode aceitar a permanente inércia do Estado acerca disso.

Numa linha de pensamento próxima à que admite a paulatina realização dos direitos sociais, também há que se entender que os mesmos também obedecem a outros limites, inclusive decorrentes da ordem jurídica. Sobre esse tema, Alexy (2009, p. 280-281) leciona que os direitos fundamentais; enquanto posições *prima facie* inseridas em um modelo jurídico de princípios; podem sofrer restrições emanadas de normas compatíveis com a Constituição, advertindo que, se a norma for inconstitucional, estará caracterizada uma intervenção e não uma restrição. De toda forma, fica claro que as normas jurídicas que veiculam direitos fundamentais se caracterizam por sua natureza de princípio, de onde se extrai que essa peculiaridade não autoriza uma exigência plena e estanque, mas que a mesma se reveste de um sentido de realização em face das condições possíveis, o que significa dizer que se trata de direitos que se efetivam no caso concreto e em provável dissonância relativamente a outros casos análogos, porquanto as condições fáticas e jurídicas costumem divergir.

A mesma lógica que aceita limitações ao exercício dos direitos fundamentais é apontada por Sarlet (2012, p. 404) como decorrência da perspectiva formal da primazia da Constituição no ordenamento jurídico, o que implica na análise da competência, do procedimento e da forma utilizada pela autoridade cujo ato se pretende considerar, e, da perspectiva material, que observa a proteção do núcleo essencial do direito, além dos postulados da proporcionalidade e da razoabilidade, além da denominada “proibição do retrocesso”.

A aferição da razoabilidade dos atos normativos, conforme Castro (2010, p. 137), pretende impedir que os entes estatais se utilizem de classificações arbitrárias, proporcionando uma visão sempre voltada para a idoneidade, aptidão e necessidade dos mesmos, auxiliando, assim, a manutenção da congruência dos mesmos com as finalidades constitucionais. O mesmo autor (CASTRO, 2010, p. 185-187) aponta o princípio infraconstitucional da proporcionalidade como de uso frequente para o controle de legalidade dos atos estatais no Brasil, justificando a necessidade dessa prática pela elevada carga de abstração dos princípios constitucionais, cuja determinação se mostra possível em um sistema de “concreção judicial”, mencionando a bem-sucedida experiência norte-americana de aplicação de uma Constituição com mais de duzentos anos em contextos muito mais complexos do que as mais futurísticas previsões poderiam supor.

Martel (2005, p. 362) esclarece que a análise do fim pretendido e de sua compatibilidade com a Constituição compõe a segunda etapa do teste da razoabilidade no âmbito da Suprema Corte norte-americana, que consiste basicamente em saber se o cerceamento de um bem ou de uma

liberdade significa a promoção de outro valor constitucional, ou mesmo a garantia de efetividade de outro direito fundamental, caracterizando-se por escolhas valorativas, pois são determinados os valores que o Estado pode e os que não pode priorizar; tudo resumido ao questionamento acerca de se o fim estatal almejado é legítimo, o que significa constitucionalmente previsto, e se é esse mesmo o motivo da constrição avaliada.

Uma tentativa de resolver o problema da especificação dos direitos sociais e de outras questões relacionadas a isso levou à criação da ideia de “mínimo existencial”; quer dizer, de uma ideia razoavelmente concreta do que seja o conteúdo mínimo essencial de um direito considerado em um contexto concreto. Para Leal (2009, p. 92) o Poder Judiciário vê o mínimo existencial de uma ótica estritamente individual, desconsiderando eventuais sacrifícios de terceiros e relevando aquele direito de forma altamente especificada. Desse ponto de vista, parece procedente uma crítica geral de que a judicialização dos direitos sociais afronta o conteúdo geral do princípio da igualdade, pois um direito é garantido a partir do possível detrimento de outros titulares dessa mesma posição que não chegaram aos níveis jurisdicionais para garanti-la.

Discorrendo sobre a possibilidade de restrições a direitos fundamentais e a garantia do conteúdo essencial, prevista no art. 19, § 2º, da Constituição alemã, Alexy (2009, p. 297-298) explica que, para a teoria relativa, “o conteúdo essencial é aquilo que resta após o sopesamento”, de modo que, as restrições que respeitam a máxima da proporcionalidade não se opõem a dita garantia, daí decorrendo que a garantia do conteúdo essencial se reduz à máxima da proporcionalidade; ao contrário da teoria absoluta, que propõe que cada direito fundamental apresenta um núcleo impossível de intervenção.

De tudo o que até agora foi visto importa destacar que os direitos fundamentais sociais são clamores da sociedade internacional que foram transformados em normas jurídicas abertas no âmbito das Constituições ocidentais, obedecendo às especificidades de cada contexto próprio, para cujo atendimento o Estado deve adotar uma postura ativa, por onde se conclui pela óbvia necessidade da alocação de recursos que, conforme o discurso oficial, se revelam extremamente escassos. Esse quadro também deve considerar a concretude de circunstâncias movediças e de difícil interpretação, que, em decorrência da já mencionada ausência de recursos, autoriza e, porque não dizer, exige a consideração de limites e mesmo de restrições, tudo em conformidade ao momento evolutivo social de cada Estado. Também é oportuno frisar que a existência de recursos, por si só, não basta à realização dos direitos sociais, pois há que se observar o conjunto de princípios que orientam a ação do Estado brasileiro, da mesma forma que, merece ênfase a necessidade do emprego das competências adequadas para o alcance dos fins pretendidos e autorizados pelo texto constitucional.

4 OS PROBLEMAS RELACIONADOS À EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS POR VIA JUDICIAL

As organizações estatais não adotaram as posturas necessárias frente às novas exigências sociais, de onde emergiu uma obsolescência que conduziu a uma crise de sustentabilidade política (SILVA, 2012, p. 62). Uma das maneiras encontradas pelos titulares de direitos fundamentais para suprir esse déficit foi levar seus clamores específicos ao Poder Judiciário para fim da obtenção de uma solução que conferisse a prometida eficácia constitucional.

Se, por esse aspecto, é certo que a judicialização pode ser vista como uma forma de dar efetividade aos direitos sociais; como se tem visto ocorrer em nosso país; também é necessário reconhecer que daí podem advir diversos problemas de grande proporção, que vão desde situações pontuais decorrentes de casos isolados até os efeitos econômicos consequentes, tanto para o Poder Judiciário, que se vê às voltas com uma quantidade infinita de demandas, quanto para a sociedade como um todo, que é alijada de recursos que deveriam ser direcionados de maneira mais ampla do que o atendimento de uma ou outra contingência, por mais importante que seja.

Isso significa que a judicialização é uma solução momentânea e necessária, mas que não pode ser utilizada eternamente como sucedâneo das medidas próprias, mesmo porque, se trata de um paliativo construído pelo sistema jurídico para evitar o completo desatendimento proporcionado pelas deficiências estatais. Aliás, é correto afirmar que a judicialização não é sempre uma solução adequada, porque existem impeditivos e consequências severas que lhe reduzem a eficiência para os estritos limites de algumas questões cuja urgência acaba por exigir a atuação do Poder Judiciário, que, ao considerar outras demandas de mesma importância, mas de menor urgência, não se comporta da mesma maneira.

Nesse sentido, Abramovich (2009, p. 153-164) identifica quatro obstáculos importantes para a judicialização dos direitos sociais: a) falta de especificação adequada do direito, o que conduz a problemas relacionados com a conduta devida; b) limitação do Poder Judiciário para análise de questões técnicas e políticas; c) inexistência de mecanismos processuais próprios para a tutela dos direitos sociais; e, d) ausência de tradição voltada ao controle judicial da matéria.

O primeiro obstáculo decorre da já mencionada abstração dos conceitos relacionados aos direitos fundamentais, que, para efeito da judicialização, acaba por dificultar a definição da conduta pretendida, o que, por certo, dificulta em muito a sua exigibilidade judicial. Todavia, conforme o mesmo autor (ABRAMOVICH, 2009, p. 153-155), todos os direitos de índole constitucional, ou mesmo os veiculados em tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, oferecem o mesmo problema, que decorre da linguagem utilizada naturalmente para expressar tais normas jurídicas. Ou seja, esse problema não pode ser levado tão seriamente em contrário da persecução da eficácia dos direitos sociais em juízo. Também há de se observar que o Poder Judiciário tem o dever de resolver as questões que lhe são postas a partir das diversas formas possíveis, o que implica na conclusão de que as medidas adequadas devem decorrer da análise judicial em face das possibilidades contingentes e o primordial problema da especificação não pode alcançar o status de grande inviabilizador da judicialização dos direitos sociais.

Não obstante esse posicionamento, a realidade mostra que o Poder Judiciário brasileiro enfrenta grandes dificuldades quando se trate de analisar conceitos de alta abstração, tanto assim, que são frequentes as utilizações de teorias e construções alienígenas que, no mais das vezes, se limitam à anunciação de postulados aceitáveis em contextos desconectados do nosso, o que inviabiliza uma resposta positiva.

No tocante às restrições encontradas no âmbito do Poder Judiciário acerca dos limites de suas prerrogativas para avaliação de questões relacionadas a direitos sociais ou “políticas”, pode-se dizer que existem parâmetros objetivos que impedem análises que ultrapassem o âmbito da legalidade, ainda que se possa afirmar que não se vislumbram instrumentos eficientes para a definição clara desses contornos. Ou seja, trata-se de um impeditivo real e eficiente, que somente pode ser enfrentado por vias indiretas, ou, menosprezado quando se trate de questões que não te-

nham um caráter notadamente vinculado a uma questão política ou que toque a discricionariedade concedida aos entes da Administração. Ademais, nosso sistema de Poder não separa de maneira absolutamente clara as competências das suas respectivas funções, ora concedendo ao Executivo a ao Judiciário a função de legislar, ora concedendo ao Legislativo as funções de executar e julgar.

O terceiro óbice diz respeito ao fato de os sistemas processuais tradicionais produzirem mecanismos aptos à tutela de direitos civis e políticos, que, todavia, não se mostram eficientes quando direcionados aos direitos sociais. Esse problema pode ser facilmente vislumbrado considerando as demandas que veiculam direitos relacionados à seguridade social, âmbito no qual se percebe a incapacidade dos meios processuais típicos para o trato de conteúdos tão essenciais e tão pouco convencionais, daí decorrendo, exemplificativamente, a necessidade de prévio requerimento administrativo para fim de preposição da demanda, o que passa longe de se coadunar com as exigências constitucionais relacionadas a tais direitos e não é verificado em nenhuma outra situação relacionada aos direitos tradicionais. Apesar disso, alguns exemplos importantes surgiram em sentido contrário, como a ação civil pública, que tem se mostrado eficiente no trato da improbidade administrativa e de questões ambientais, dentre outros usos reconhecidamente válidos, revelando-se um instrumento de elevado valor para a defesa de alguns direitos sociais, ainda que não se possa utilizar para todos os casos. Aliás, tratar-se-ia de mais uma forma de judicialização dos direitos sociais, uma espécie de paliativo institucional e coletivo.

Quanto ao último problema oposto em face da judicialização dos direitos sociais, há que se dizer que o mesmo se mostra mais uma consequência do somatório dos anteriores do que propriamente um obstáculo autônomo, uma vez que é, no mínimo, controverso admitir que uma postura cultural se encontre tão arraigada que, mesmo diante da extrema necessidade, se coloque no caminho da busca pelas soluções possíveis para problemas diários de grande relevância. Também é correto dizer que em uma democracia de cerca de trinta anos é difícil falar sobre cultura jurídica ou judicial, pois recém chegamos a uma geração de pessoas que nascem sob a égide da constitucionalidade.

Tais percepções acabam por mostrar que mesmo o itinerário da judicialização como forma de efetividade dos direitos sociais se revela complexo e de difícil execução, pois os óbices são muitos e de tal robustez que desaconselham a iniciativa, que, assim, restringe-se a casos isolados ou de extrema urgência, que são resolvidos mais pela obviedade da impossibilidade de adoção de postura diversa do que propriamente a partir de uma análise criteriosa e adequada.

Não obstante a importância do debate acerca dos obstáculos à judicialização dos direitos sociais, importa ainda mais dizer das consequências decorrentes da apreciação de questões que digam respeito aos mesmos pelo Poder Judiciário. Sobre esse aspecto, podem ser identificados dois pontos principais: o desigual tratamento dos titulares dos direitos sociais e os impactos econômicos das decisões judiciais.

O caput do art. 5º da Constituição Federal inicia por afirmar que não são admitidas distinções de qualquer natureza, pois todos são iguais diante da lei. Esse dispositivo merece algumas considerações, porque o tema da igualdade não é simples e fácil como se poderia concluir por uma leitura desavisada do texto constitucional, ou mesmo por conta de reminiscências de discursos históricos da democracia ateniense.

Dizer que as pessoas são iguais perante a lei pode não significar um atestado de que elas sejam iguais, mas que a lei deva trata-las de igual maneira, o que demonstra um ideal político

de igualdade meramente formal. Ou seja, a lei não poderia partir de pressupostas discriminações embasadas em aspectos que depreciem uma pessoa diante das demais, deixando-as “iguais”. Mas, dizer que as pessoas são iguais perante a lei também pode ser sinônimo de uma tentativa de equiparação das pessoas, no sentido de propiciar a todas as mesmas oportunidades básicas. Ou, ainda, a mesma expressão pode ser lida como uma tentativa de ultrapassar a mera igualdade formal para alcançar uma igualdade substancial, que seria apta a oferecer a cada um o que lhe seja mais caro, ainda que se trate de um evidente subjetivismo, de difícil realização. É nesse caminho que Dworkin (2013, p. 3) afirma que a igualdade se configura um ideal misterioso, pois as pessoas podem tornar-se (mais) iguais em um ou outro aspecto e, em consequência, tornar-se (mais) desiguais em outro(s) aspecto(s). Ou seja, o tema é de grande complexidade, proporcionando indagações relevantes e reflexões que podem apontar para conclusões que, a priori, tendem a se mostrar altamente controversas e inconsistentes entre si.

Alexy (2009, p. 393-394) entende pela necessidade de diferenciação dos direitos de igualdade em direito geral de igualdade e direitos específicos de igualdade, vinculando o primeiro ao disposto no art. 3º, § 1º, da Constituição alemã; que atesta que “Todos são iguais perante a lei”; como uma exigência de que toda norma jurídica seja aplicada a todos aqueles casos que sejam abrangidos pelo seu suporte fático e, por outro lado, que não seja aplicada aos casos que não o sejam; o que se traduziria numa simples redundância, pois o dever de obediência às normas jurídicas é afirmado por elas mesmas, pois que expressam um dever-ser. Ou seja, se as normas são válidas devem ser aplicadas a todos os casos que abrangem.

Ora, o nosso direito geral de igualdade é colocado em idêntica locução, o que pode não implicar uma proximidade conceitual, mas é indubitável que a mesma seja assim sugerida, muito embora a Constituição seja aquilo que a Corte encarregada de interpreta-la diga que ela é. Nessa linha de entendimento, Alexy (2009, p. 396-397) atesta que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha entende que o dispositivo que veicula o direito geral de igualdade vincula o intérprete das normas da mesma forma que o legislador, de modo que, no processo de criação do direito, todas as pessoas devem ser tratadas igualmente, o que, não obstante, permite tratamentos diversos, mas não aprova “toda e qualquer diferenciação e toda e qualquer distinção.” A resolução desse paradoxo vem da fórmula clássica do meio-termo, que propõe que o igual deve ser igualmente tratado e o desigual, desigualmente, que se constitui na diretriz da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal acerca do comentado dispositivo.

Essa fórmula, por vezes associada, entre nós, a Aristóteles ou mesmo a Rui Barbosa, parece suficiente para justificar um tratamento diferenciado concedido pelo Poder Judiciário às pessoas que o incitam a solucionar questões decorrentes de direitos sociais, pois a decisão advém da iniciativa que é dada a todos e nosso sistema jurídico não admite que se deixe de solucionar as demandas deduzidas. Afora os questionamentos inerentes à judicialização em si há ainda que se considerar os impactos advindos das decisões judiciais, que não são apenas de natureza econômica, mas estes são mais comumente observáveis relativamente às questões que tratam de direitos sociais, porquanto os mesmos demandem recursos para sua realização.

Acerca da relação necessária entre direito e economia, Leal (2010, p. 236) advoga a existência de “políticas públicas constitucionais vinculantes”, entendendo-as como ações atribuídas aos Poderes Estatais e à comunidade como um todo, por onde ele aborda o tema da saúde a partir da pressuposição que a mesma deve ser realizada por todos os responsáveis, para o que seria ne-

cessário o desenvolvimento de critérios objetivos para a determinação de que seriam os efetivos necessitados, pois a responsabilidade familiar prevista na ampla estrutura normativa pleiteia sua chamada para, dentro de suas possibilidades, custear os tratamentos necessários. Ou seja, não se poderia esperar, em todos os casos, o socorro estatal, pois aqueles que detêm condições materiais deveriam utiliza-las ao invés de buscar o apoio público, que, assim, ficaria reservado para os que dele realmente necessitam. Essa ideia se mostra plenamente adequada aos direitos fundamentais, mas, ao mesmo tempo, parece de difícil execução, mormente porque se percebe de pronto a dificuldade da criação e execução dos ditos critérios, circunstância que se aproxima daquela vertida a partir dos pedidos de concessão do benefício da assistência judiciária gratuita, que tantas controvérsias e desacertos tem proporcionado, exatamente por conta das subjetividades interpretativas e por detalhes decorrentes da informalidade econômica e declarações cuja credibilidade há muito se perdeu.

Não obstante isso, uma orientação do Poder Judiciário em prol da adoção de cuidados e providências similares seria bem-vinda para fim de moralizar certas práticas e iniciar uma caminhada da direção de objetivos relevantes que se encontram encobertos por aspectos que não são os mais importantes, mas que se colocam sempre numa posição emergencial, atrapalhando, assim, a análise das verdadeiras questões.

Embora pareça evidente, não se pode deixar de enfatizar que não se trata de criação de obstáculos à efetividade dos direitos fundamentais pela via judicial, antes o contrário, porque da forma como tem se desenvolvido essa prática se percebe facilmente que a mesma não tem um futuro muito promissor, o que aconselha a adoção de posturas mais centradas nas previsões constitucionais.

Por outro lado, colocando-se em contrário de muitas vozes atuais, Leal (2010, p. 85) observa que a ordem econômica constitucional não visa, de maneira precípua, à fruição dos direitos sociais, o que somente poderia ser alcançado pela regulamentação de medidas de política econômica que alcançassem o equilíbrio entre o interesse econômico e o desenvolvimento social. Essa reflexão se mostra oportuna tanto porque se percebe facilmente que existe um direcionamento muito diferente, que privilegia os grandes interesses econômicos, em detrimento direto de direitos sociais como aqueles vinculados às relações de emprego, à saúde e ao meio ambiente, quanto porque isso não significa efetivo desenvolvimento, pois ao primeiro sinal de dificuldades, esses empreendimentos mudam de perfil ou mesmo de localização. Ademais, os compromissos assumidos pelo Brasil junto a organismos internacionais indicam a existência de uma importante dicotomia nesse contexto, caracterizada pela obrigatoriedade de melhorias sociais e de abertura de mercado, como tem acontecido em muitos países em fase de desenvolvimento, daí decorrendo o surgimento ou o fortalecimento de uma dependência que não permite antever mudanças promissoras no ambiente dos direitos sociais.

Por essas considerações se percebem dificuldades para acomodar a questão, às quais se junta a já mencionada proporção mínima de direitos sociais que são realmente solucionados pelo Poder Judiciário, conjunto que recomenda a judicialização tão somente como uma solução provisória e, como visto, de limitado alcance, mas não a solução que se deva erigir como prioritária para a realização direta dos direitos sociais.

Contudo, a efetividade dos direitos sociais parece mesmo um tema afeito à análise judicial, pois que não se vislumbra a possibilidade de seu afastamento desse meio, talvez não da forma

individualizada verificada na atualidade, mas de uma maneira que lhe confira verdadeiro auxílio; ou seja, a análise judicial das políticas públicas ou da possibilidade da imposição de sua criação.

Nesse ambiente, a grande dificuldade se apresenta nos casos em que o objetivo é a obtenção de um provimento para a condenação do Estado ao cumprimento de uma obrigação positiva, como a implementação de uma política pública. Contudo, a ineficiência da Administração Pública tem proporcionado ao Poder Judiciário um destaque que já lhe confere uma posição privilegiada, em detrimento do Executivo e do Legislativo, situação que se justifica pelos relevantes problemas decorrentes da inércia destes.

5 CONCLUSÕES

A primeira conclusão evidente é que os direitos sociais são exigíveis como posições não definitivas, que possuem eficácia imediata, porém, se revela razoável que sua implementação se faça gradativamente, o que, todavia, não pode significar a eternidade.

Aliás, da possibilidade de restrições a direitos fundamentais também pode decorrer a conclusão de que sua realização pode ser operacionalizada no tempo, de modo a galgar degraus evolutivos compatíveis como os diversos momentos sociais. Repita-se que isso não pode, todavia, significar um permanente retardamento, pois o postulado da eficácia dos direitos fundamentais não admite que o Estado se mantenha omissivo por período que afronte a razoabilidade que daí se pode esperar, da mesma forma que não se pode cogitar de eventual retrocesso, caracterizado pela retirada de posições já consolidadas, pois os clamores da sociedade foram traduzidos em normas que não podem ser simplesmente desconsideradas, em que pese a incompetência dos governos.

Dessa situação que evidencia a omissão estatal frente às políticas públicas necessárias, decorre a conclusão de que a judicialização é ainda importante para a efetivação dos direitos sociais, mesmo que os resultados daí advindos não sejam os melhores, o que se embasa tanto nas dificuldades impostas à chegada das demandas ao Poder Judiciário quanto pelo tratamento aí recebido e, ainda, nas consequências das decisões inerentes. Mesmo assim, trata-se de um sucedâneo que tem se revelado útil para certos casos, ainda que não se mostre definitivamente apto ao amplo tratamento do problema, o que não o invalida como iniciativa tendente à criação de uma cultura de exigibilidade e mesmo para a solução de questões extremamente urgentes e pontuais, como se tem visto ocorrer no tocante aos direitos relacionados à saúde, que, por sinal, são extremamente dispendiosos.

No mesmo sentido, certa primazia do Judiciário frente ao Executivo e Legislativo indica sua indispensabilidade para fim de avaliação de questões decorrentes das políticas públicas, o que se vê ocorrer de forma direta e individualizada, mas que pode e deve se traduzir na prerrogativa de análise profunda das iniciativas e, mais ainda, das posturas omissivas do Estado nesse segmento. Isso significa que, em vista das particularidades do momento, o Poder Judiciário é extremamente importante para o alcance da efetividade dos direitos sociais, o que é veementemente rechaçado por muitos, que recordam a impossibilidade da invasão das competências próprias de cada função do poder, ao que se deve dizer que afastar do Poder Judiciário tal prerrogativa significa autorizar o descalabro para com direitos tão relevantes; além do que, não se pode perder de vista a estreita relação existente entre o Judiciário e a Constituição, o que também aconselha sua precedência no que diz respeito à análise das circunstâncias vinculadas ao tema.

Por fim, resta dizer que, infelizmente, não se vislumbram iniciativas tendentes à evolução desse quadro, antes o contrário, pois recentemente o governo federal propôs medidas que, ressalvadas certas particularidades, se mostram contrárias ao desenvolvimento de alguns direitos sociais. Além disso, e, mais relevante ainda, é o caso do péssimo tratamento dado às questões relacionadas à economia política, que, de forma indireta, também refletem negativamente na melhoria social, o que pode ser visto a partir de perda de arrecadação tributária, do desemprego e do acréscimo das despesas com as coberturas sociais consequentes, o que auxilia uma visão pessimista acerca de uma pretensa mudança de rumo que possa colocar o país no rumo do cumprimento de seu ideário político e social.

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHTS: BETWEEN LACK OF EFFECTIVENESS AND JUDICIALIZATION?

ABSTRACT

The natural evolution of the democratic state led to the idea of the state as provider of so-called social rights, which thus came to be seen as true subjective rights. The formula found for the accomplishment of this task focused on the creation of public policies that, even absent the highly specific way in the Federal Constitution, in this text are its fundamental bases. It happens that the Brazilian State has not neat in the promotion of public policies, which has led the holders of the rights to the pursuit of effectiveness by the judiciary, which, on one side, reveals enough to resolve some issues It does not serve for the permanent problem tract. These circumstances comes a paradoxical conclusion, that considers an alleged constitutional effectiveness in the face of a practice that it moves away and legalization of consequences of these rights, leaving a kind of “all or nothing”, that clashes in much of the constitutional postulates and even the verified practices in countries that are at the same level of development in Brazil. Despite this state of affairs is possible to see the judiciary as compliance with the controller of the inherent constitutional precepts, not by means of direct and specific legalization of these rights, but by gauging the legitimacy of public policies, or, in another sense, by imposing their creation by the state, because at that time, no one realizes better suited to the realization of discussion as broad and complex environment. Keywords: Fundamental social rights. Effectiveness. Judicialization. Public policies.

REFERÊNCIAS

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Tradução Luís Carlos Stephanov. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BRASIL. *Constituição*. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/.../constituicao/constituicao88.htm>>. Acesso em: 17 dez. 2014.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CASTRO, Carlos Alberto Siqueira. *O devido processo legal e os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana: a teoria e a prática da igualdade*. 2. ed. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. Tradução Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficaciais dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Impactos econômicos e sociais das decisões judiciais: aspectos introdutórios*. Brasília: ENFAM, 2010.

MARTEL, Leticia de Campos Velho. *Devido processo legal substantivo: razão abstrata, função e características de aplicabilidade - A linha decisória da Suprema Corte Estadunidense*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

PROCOPIUCK, Mário. *Políticas públicas e fundamentos da Administração Pública: análise e avaliação, governança e redes de políticas, administração judiciária*. São Paulo: Atlas, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. Políticas Públicas e administração democrática. *Revista Sequência*, Florianópolis: UFSC, n. 64, p. 57-84, jul. 2012. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.5007/2177-7055.2012v33n64p57>>. Acesso em: 17 dez. 2014.

FATOR PREVIDENCIÁRIO E A FÓRMULA 85/95

Ludmila Kolb Kolb de Vargas Cavalli *
Clarice Mendes Dalbosco **

RESUMO

Com a publicação das medidas Provisórias n. 664 e n. 665 na Edição Extra do Diário Oficial da União em 30 de dezembro de 2014, houve significativa restrição de direitos e benefícios previdenciários aos trabalhadores e seus dependentes. O processo de conversão das medidas provisórias na Câmara dos Deputados em maio de 2015 fez renascer a complexa discussão acerca da aplicação do fator previdenciário. O assunto já havia sido abordado em decisão judicial que reconheceu a inconstitucionalidade da aplicação desse índice e agora assumiu novos contornos com a emenda parlamentar que instituiu a fórmula 85/95. O presente trabalho se propõe a pontuar o que muda com a inserção da nova metodologia de cálculo e requisitos de concessão dos benefícios previstos no Regime Geral da Previdência e se tais alterações são compatíveis com a atual política previdenciária brasileira e seus respectivos princípios constitucionais.

Palavras-chave: Fator Previdenciário. Direitos Fundamentais Sociais. Fórmula 85/95. Previdência Social.

1 INTRODUÇÃO

Nos termos do art. 194 da Constituição Federal de 1988 a Seguridade Social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, com finalidade de assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência social e à assistência social. Diferente da saúde e da assistência social, a previdência possui caráter contributivo, e está atrelada ao custeio prévio e à filiação obrigatória, conforme disposto do artigo 201, caput da Constituição Federal. O Regime Geral da Previdência Social também é norteado pela necessidade de observância do equilíbrio financeiro e atuarial, de modo que a persecução de sua sustentabilidade pode ser compreendida como um mandamento constitucional.

Com a reforma previdenciária trazida pela Emenda Constitucional n. 20/1998 e a edição da Lei n. 9.876/1999 foram introduzidas profundas modificações nas Leis de Benefício (Lei n. 8.213/91) e de Custeio (Lei n. 8.212/91) da Previdência Social. Uma das mais relevantes alterações foi a criação de um fator limitador de salário-de-benefício aos segurados que pleiteiam os benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade.

Desde a sua implantação o fator previdenciário foi objeto de inúmeras insurgências, em especial pelos representantes das classes trabalhadoras. Em 2010 o Poder Legislativo chegou a aprovar texto normativo que derrubaria o fator previdenciário, mas a iniciativa foi vetada pela Presidência da República. O Poder Executivo vem, desde a época, insistindo na necessidade eco-

* Especialista em Direito, pela Escola da Magistratura do Estado do Paraná, em Curitiba; Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Servidora pública da Justiça Federal do Paraná, em Francisco Beltrão; ludmilakvc@gmail.com

** Especialista em Ciências Exatas pelo Instituto Brasileiro de Pós-Graduação e Extensão; Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professora de Teoria do Direito e Direito da Seguridade Social na Faculdade de Direito de Francisco Beltrão; Advogada; claricemdb@hotmail.com

nômica de sua utilização, sob o argumento de que a aplicação do fator previdenciário seria indispensável ao equilíbrio financeiro e atuarial do sistema.

A discussão voltou a ganhar fôlego com o processo de conversão da Medida Provisória 664/2014, editada pelo Poder Executivo no intuito de redução de gastos com os benefícios de auxílio-doença, pensão por morte e auxílio-reclusão.

Apesar do contexto de crise econômica que fundamentou a medida, a Câmara dos Deputados aprovou emenda ao texto original prevendo a hipótese de exclusão do fator previdenciário, ainda que parcial, mediante aplicação da fórmula 85/95. O texto foi integralmente aprovado pelo Senado Federal e remetido para a sanção presidencial.

Ante a relevância do tema, este artigo pretende conduzir o debate analisando as razões de decisão judicial do ano de 2010, obtida em controle difuso de constitucionalidade, que determinou a realização do cálculo da renda mensal inicial de um benefício sem a incidência do fator previdenciário, por entender ser o mesmo inconstitucional. Também visa perquirir acerca dos reais efeitos financeiros decorrentes da aplicação de um fator redutor de salários-de-benefício e sua justificação face à correspondente restrição a direitos sociais. Objetiva-se avaliar as diretrizes internacionais de enfrentamento de crise e promoção de direitos securitários, sintetizadas na Recomendação 202 da OIT - Organização Internacional para o Trabalho, de 2012.

Por fim, será objeto de avaliação a proposta legislativa de introdução da fórmula 85/95 para a concessão de benefícios de aposentadoria, sob enfoque comparativo ao fator previdenciário.

2 O FATOR PREVIDENCIÁRIO

O fator previdenciário foi introduzido no sistema jurídico brasileiro com a Lei 9.876/1999, que alterou dispositivos da Lei n. 8.213/1991 e definiu nova forma de cálculo da renda mensal inicial dos benefícios de aposentadoria.

O cálculo do fator previdenciário se opera por uma fórmula matemática com três constantes (0,31, 1 e 100) e três variáveis (idade, tempo de contribuição e expectativa de sobrevida (FOLMANN; SOARES, 2011, p. 110).

Incide de forma obrigatória nas aposentadorias por tempo de contribuição, e, facultativamente, na aposentadoria por idade, somente no âmbito do Regime Geral da Previdência Social.

Aplica-se o fator previdenciário sobre o salário de benefício, ou seja, o valor básico utilizado para cálculo da renda mensal dos benefícios de prestação continuada. Salienta-se que nas aposentadorias por idade e por tempo de contribuição, o salário de benefício é obtido através da média aritmética simples dos maiores salários-de-contribuição, correspondentes a 80% de todo o período contributivo, multiplicada pelo fator previdenciário.

A criação do fator previdenciário objetivou traduzir o princípio constitucional inserto no art. 201 da Constituição Federal, qual seja, o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial da previdência social (PANAFIERI; AFONSO, 2013, p. 669).

A aplicação do fator previdenciário é alvo de muitas críticas na doutrina e na jurisprudência, pois como a fórmula leva em conta a expectativa de vida do brasileiro, através da tábua de mortalidade publicada anualmente pelo IBGE, o decurso natural do tempo altera o valor dos benefícios dos aposentados em detrimento da modificação nesta expectativa de sobrevida da população.

Quando das discussões acerca da Reforma da Previdência, efetuada através da Emenda constitucional nº 20/1998, o projeto original previa idade mínima para a aposentadoria. Ocorre que a Câmara dos Deputados rejeitou tal hipótese, o que poderia significar um risco à manutenção do fundo previdenciário, haja vista a larga possibilidade de aposentadorias precoces, que considerariam, tão somente, o tempo de contribuição do segurado (TSUTIYA, 2011, p. 285).

Nesse sentido, como política de estímulo à aposentação mais tardia institui-se o fator previdenciário, acenando aos segurados a possibilidade de um benefício maior com a consequente manutenção do nível de vida ao aposentar-se, observado o valor do teto previdenciário (IBRAHIM, 2012, p. 568).

Destarte, corrobora a explicação de VIANNA (2010, p. 447) ao justificar que “[...] o fator previdenciário foi criado com a finalidade de postergar a aposentadoria do segurado, em face da derrubada da idade mínima proposta pelo governo na PEC que deu origem à Emenda Constitucional n. 20/98.”

O retardamento das aposentadorias contribuiria para o alívio das contas do regime geral, haja vista que tenderia a equilibrar o tempo de contribuição em que o segurado aporta maiores valores ao fundo e o tempo em que receberia efetivamente o benefício.

Sob esta ótica, HORVAT JÚNIOR (2008, p. 197) explica que:

A idade não é requisito de elegibilidade, mas sim critério atuarial; assim, temos que não há idade mínima de corte, antes da qual se possa dizer que alguém fica excluído do benefício. O que ocorre a partir de então é que quem se retirar do mercado de trabalho mais cedo, terá seu benefício com valor menor, já que contribuiu menos e irá receber o benefício por mais tempo. O menor valor do benefício serve para reparar o sistema deste ônus.

O artigo 29 da Lei n. 8.213/1991, que trata do salário de benefício e do fator previdenciário, foi objeto de análise em ações de controle concentrado de constitucionalidade - ADI-MC 2111/DF e ADI-MC 2110/DF. Na oportunidade, o relator Sydney Sanches considerou a aplicação do fator previdenciário constitucional. As razões consubstanciaram-se basicamente em: (i) com o advento da EC n. 20/98, o texto constitucional deixou de apresentar critérios objetivos para a realização do cálculo do montante do benefício da aposentadoria, remetendo a matéria à legislação infraconstitucional, razão pela qual se trataria de uma inconstitucionalidade indireta e não apreciável pela via do controle concentrado; (ii) A aplicação do fator previdenciário corrobora com a persecução do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema previdenciário.

Não houve, neste caso, atribuição de efeitos vinculantes ou erga omnes às ADIs 2.110 e 2.111, já que a existência de decisão plenária, em controle abstrato, cujo resultado seja o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede o julgamento de outros processos sobre idêntica controvérsia.¹

¹ AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. PREVIDENCIÁRIO. ART. 60 DA CF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULAS 282 E 356 DO STF. FATOR PREVIDENCIÁRIO. CONSTITUCIONALIDADE. ADI 2.111-MC/DF. AGRAVO IMPROVIDO. I - Ausência de prequestionamento do arts. 60 da Constituição Federal. Incidência da Súmula 282 do STF. Ademais, se os embargos declaratórios não foram opostos com a finalidade de suprir essa omissão, é inviável o recurso, a teor da Súmula 356 desta Corte. II - O Plenário desta Corte, no julgamento da ADI 2.111-MC/DF, Rel. Min. Sydney Sanches, entendeu constitucional o fator previdenciário previsto no art. 29, caput, incisos e parágrafos, da Lei 8.213/1991, com redação dada pelo art. 2º da Lei 9.876/1999. Precedentes. III - A existência de decisão plenária, em controle abstrato, de que tenha resul-

A celeuma acerca da aplicação do fator previdenciário contou com novos capítulos. Em 2010 o Congresso Nacional aprovou o fim do fator (Projeto de Lei de Conversão n. 02/2010). No entanto, a decisão dos parlamentares acabou vetada pelo então presidente, Luiz Inácio Lula da Silva.

Com a edição da Medida Provisória 664/2014 o executivo federal promoveu alterações na regra de concessão da pensão por morte. Durante o processo de conversão do diploma legal pela Câmara dos Deputados, em maio de 2015, renasceu a discussão acerca da aplicação do fator previdenciário. O texto original sofreu emendas, passando-se a admitir uma nova hipótese de cálculo chamada fórmula 85/95, pela qual o trabalhador se aposenta com proventos integrais (com base no teto da Previdência, atualmente R\$ 4.663,75) se a soma da idade e do tempo de contribuição resultar 85 (mulheres) ou 95 (homens).

Nesse ínterim, a aplicação ou não do fator previdenciário é tema atualíssimo e que tem gerado posições divergentes do judiciário, razão pela qual demanda de atenciosa análise, como ora se desenvolve.

3 DA DECISÃO JUDICIAL ACERCA DA INCONSTITUCIONALIDADE NA APLICAÇÃO DO FATOR PREVIDENCIÁRIO

Em novembro de 2010, o juiz federal Marcus Orione Gonçalves Correia, da 1ª Vara Previdenciária da Justiça Federal de São Paulo, capital, em ação ordinária proposta por Wladimir Niki-forow em face do INSS (autos n. 0009542-49.2010.403.6183), decidiu pela não incidência do fator previdenciário no recálculo da renda mensal inicial do benefício da parte autora.

A decisão, ora analisada, apresentou como fundamento vários elementos, a seguir delineados.

Inicialmente, destacou o magistrado que, pela Lei n. 8.212/1991, o cálculo do salário de benefício partia da média aritmética dos últimos 36 salários de contribuição em um universo máximo de 48 meses. Após o cálculo do salário de benefício pela metodologia acima delineada, incidia determinado percentual, de acordo com a natureza do benefício pleiteado. Assim, uma vez realizada a equação obtinha-se a renda mensal inicial (RMI).

Não se pode olvidar que a RMI se subordina ao teto previdenciário do regime geral da previdência, conforme disposto no art. 28, §§ 3º e 5º da Lei n. 8.212/1991, bem ao piso de um salário mínimo (art. 7º, inc. IV da CF).

Destaca-se na decisão que, como advento da Lei n. 9.876/1999, a metodologia de cálculo acima delineada fora alterada em detrimento da criação do fator previdenciário.

Atualmente, após realizado o cálculo do salário de benefício (SB), considerando a média das 80% melhores contribuições vertidas pelo segurado em favor da previdência desde julho de 1994, aplica-se o fator previdenciário, que consiste na multiplicação do salário-de-benefício pelo índice gerado a partir da fórmula:

tado o indeferimento do pedido de medida cautelar, não impede o julgamento de outros processos sobre idêntica controvérsia. Precedentes. IV - Agravo regimental improvido. (BRASIL, 2012).

$$f = \frac{Tc \times a}{Es} \times \left[1 + \frac{(Id + Tc \times a)}{100} \right] \quad (1)$$

Onde:

f = fator previdenciário

Tc = tempo de contribuição do trabalhador

a = alíquota de contribuição (0,31)

Es = expectativa de sobrevivência do trabalhador na data da aposentadoria

Id = idade do trabalhador na data da aposentadoria

Em relação à alíquota de contribuição equivalente a 0,31, explica TSUTIYA (2011, p. 287) que esse valor advém do somatório das contribuições da empresa (20%) com a contribuição do segurado, cuja alíquota máxima (teto da previdência), é de 11%. Em suma, transformando-se a alíquota 20% + 11% = 31%, representado de forma equivalente por 0,31.

São escassos os documentos que abordam e explicam as razões dessa sistemática de cálculo, bem como ausentes qualquer fundamentação concisa em documentos fornecidos pelo governo ou pelo Ministério da Previdência Social. Diante disso não se conhecem as razões para que se proceda à soma dos índices, ou mesmo porque ele integra o cálculo da maneira como foi estabelecido. Tais incompletudes e dúvidas na composição da fórmula do fator previdenciário gera incertezas e insegurança jurídica.

Como dito alhures, a fórmula do fator previdenciário considera como variantes a idade, a expectativa de sobrevivência e o tempo de contribuição do trabalhador rearranjadas numa fórmula de consistência técnica e metodológica duvidosas, que resultam na renda mensal inicial (RMI) do segurado.

Outra circunstância digna de nota refere-se a expectativa de vida do segurado, cujo índice é obtido a partir da tábua completa de mortalidade construída anualmente pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), com referência à média nacional única para ambos os sexos.

A adoção de uma média, de um valor único para todo o território nacional, desconsidera especificidades regionais no cômputo da expectativa de vida. Da mesma forma ocorre quanto às diferenças entre homens e mulheres. É notório que em algumas regiões do país há maior longevidade, assim como é sabido que a expectativa de vida das mulheres difere daquela atribuída aos homens. As tábuas de mortalidade apontam sobremaneira para essa diferença. Assim, seria possível indagar quanto ao prejuízo de algumas categorias de segurado com a unificação deste índice.

Neste sentido, observa-se que o relatório divulgado pelo IBGE em 1º de dezembro de 2014 mostrou que a expectativa de vida do homem era de 71,3 anos em 2013, enquanto que as mulheres possuíam expectativa de 78,6 anos, resultando em uma diferença de 7,3 anos. Esta discrepância é absolutamente ignorada na composição do fator previdenciário, já que homens e mulheres são tratados igualmente. Sob essa ótica, os homens terão que trabalhar mais para se aposentar, mas receberão benefício por menos tempo, enquanto que para as mulheres ocorre o contrário, haja vista que contribuirão por menor período, mas terão direito à aposentadoria por mais tempo.

Pela análise das Tábuas de Mortalidade elaboradas pelo IBGE é possível verificar que o Brasil está passando por um processo de envelhecimento de sua população, causado pelo contínuo declínio da taxa de natalidade. Tal fenômeno impõe uma majoração progressiva nos gastos do Es-

tado com políticas sociais destinadas aos idosos e com o pagamento de aposentadorias por tempo de contribuição e idade (DELGADO, 2006).

Ainda quanto à decisão em análise, na compreensão do juízo prolator, a fórmula do fato previdenciário seria dotada de alta complexidade, dificultando a compreensão do destinatário final.

A fórmula constante do fator previdenciário, extremamente complexa - complexidade absurda, considerando-se em especial a capacidade de sua compreensão pelo destinatário final, o segurado -, passou com o advento da Lei 9876/99, como visto a ser determinante para o cálculo do valor inicial das aposentadorias por idade e por tempo de contribuição. (1ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA, 2010, p. 3).

Ademais, a introdução de elementos de cálculo que influem diretamente no valor das prestações acarreta limitações distintas dos requisitos impostos constitucionalmente para a obtenção dos benefícios de aposentadoria por tempo de contribuição e idade. O argumento ensejou a declaração de inconstitucionalidade do fator previdenciário no controle difuso nos autos n. 0009542-49.2010.403.6183.

Por fim, destacou o magistrado que inexistem elementos suficientes para concluir que o fator previdenciário de fato, seja capaz de garantir o equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, resultando, deste modo, em mera medida de retrocesso social, algo rechaçado veementemente pela doutrina pátria (1ª VARA FEDERAL PREVIDENCIÁRIA, 2010).

4 CRISE E AS NOVAS PERSPECTIVAS AO FATOR PREVIDENCIÁRIO - A FÓRMULA 85/95

4.1 CONTEXTO

Após anos de crescimento econômico, o Brasil vem enfrentando, nos dias atuais, uma crise de proporções alarmantes. Como resposta à desestabilização econômica e institucional, à retomada da inflação e ao avanço da recessão e do desemprego, o governo vem implantando uma série de medidas de ajustes, muitas delas com implicações diretas em direitos sociais. A Seguridade Social passou a integrar a pauta principal dos cortes nos gastos públicos.

No dia 30 de dezembro de 2014 foi editada Medida Provisória que tratava de importantes alterações em matéria previdenciária, em especial trazendo restrições de ordem seletiva e temporal à concessão de benefícios de pensão por morte e auxílio-reclusão. O ato normativo foi duramente criticado, seja pela ausência de prévio debate e participação democrática, seja pelo cerceamento de direitos securitários.

A matéria foi à Câmara dos Deputados para análise. Finalmente exposto à apreciação democrática, o pacote de cortes acabou trazendo à tona discussões acerca de outros temas polêmicos, dentre eles a fórmula 85/95 e o fator previdenciário.

4.2 A FÓRMULA 85/95

O texto original da MPV 664/2014, em seu projeto de lei de conversão, foi submetido a inúmeras emendas.

Destaca-se a seguir a alteração pertinente à exclusão parcial da incidência do fator previdenciário:

Art. 29, Lei n. 8.213/91:

§ 11. O fator previdenciário não será aplicado quando:

I - o total resultante da soma da idade do segurado, considerada na data do requerimento da aposentadoria, com o respectivo tempo de contribuição, desde que este não seja inferior a trinta e cinco anos, se homem, e a trinta anos, se mulher, for igual ou superior a noventa e cinco anos, se homem, e a oitenta e cinco anos, se mulher, somando-se as frações de tempo e idade; ou

II - o segurado for pessoa com deficiência.

§ 12. É garantido ao segurado que optar por permanecer em atividade, se mais vantajoso, o direito ao cálculo do salário de benefício com base na expectativa de sobrevida presente na tábua de mortalidade vigente na data de cumprimento dos requisitos necessários à aposentadoria por tempo de contribuição, considerando-se sua idade e tempo de contribuição no momento do requerimento do benefício.

§ 13. Para efeito de aplicação da fórmula de que trata o § 11, o tempo de contribuição do professor e da professora que comprove exclusivamente tempo de efetivo exercício de magistério na educação infantil e no ensino fundamental e médio será acrescido de cinco anos.” (BRASIL, 2015).

Portanto, neste contexto, se aprovada e sancionada a emenda tal qual proposta, a aplicação do fator previdenciário implicará em três possíveis situações: a) Caso a somatória da idade e tempo de contribuição do segurado se mostrar inferior a 85 para mulheres e 95 para homens, prevalecerá a aplicação do fator previdenciário; b) Resultando a somatória da idade e tempo de contribuição em valor igual ou superior a 85/95, não será aplicado o fator previdenciário se prejudicial ou irrelevante (inferior ou igual a 1); c) Preenchida a somatória 85/95, será aplicado o fator previdenciário quando mais vantajoso (fator superior a 1).

A proposta de inovação legislativa, embora implique na exclusão da aplicação do fator previdenciário em determinados casos, aponta para a mesma finalidade que ensejou a criação deste. Ambas as alterações pretendem desestimular a aposentadoria em idade precoce, que tem onerado o sistema de seguridade.

Nos termos da exposição de motivos 23/2014, assinada pelos Ministros de Estado da Seguridade Social, da Fazenda e do Planejamento, Orçamento e Finanças, o aumento da expectativa de vida trará importante repercussão no plano previdenciário em um futuro próximo. A projeção demográfica do IBGE aponta para o aumento da porcentagem de idosos na população brasileira de 11,3% em 2014 para 33,7% em 2060 (BRASIL, 2015).

O impacto financeiro desta realidade implicará, de acordo com relatório de avaliação atuarial e financeira do Regime Geral da Previdência Social, no crescimento das despesas previdenciárias de 7% para 13% do PIB nacional. Assim, diante deste contexto, seria indispensável o ajuste, de modo a garantir o equilíbrio financeiro e mesmo a viabilidade econômica do RGPS a longo prazo (BRASIL, 2015).

4.3 DA COMPARAÇÃO ENTRE O FATOR PREVIDENCIÁRIO E A FÓRMULA 85/95

Em recente publicação do Núcleo de Estudos e Pesquisa/Consultoria Legislativa do Senado (MENGUINI; NERY, 2015), foram apresentados estudos comparativos da aplicação do fator previdenciário e da fórmula 85/95. Tomou-se como exemplo uma mulher com 55 anos de idade e 30 anos de contribuição (soma 85), e um homem de 60 anos de idade e 35 anos de contribuição (soma

95). Para o caso hipotético, ambos preencheriam os critérios da fórmula 85/95, razão pela qual fariam jus a uma aposentadoria integral, ou seja, de 100% do salário-de-benefício.

Contrariamente, para as mesmas características acima, de ambos os personagens, aplicadas as regras do fator previdenciário, a mulher teria direito a somente 70% do seu salário-de-benefício, e o homem 85%, dada a restrição inerente à utilização do índice.

De outro norte, para alcançarem os proventos integrais, na regra atual, a mulher teria que trabalhar mais 6 anos, atingindo 61 anos de idade e 36 de contribuição, enquanto que o homem deveria trabalhar mais 3 anos, atingindo 63 anos de idade e 38 de contribuição, momento que o fator previdenciário se igualaria a 1, ou seja, 100% do salário de benefício.

Tal comparativo é facilmente visualizado na tabela a seguir:

Tabela 1 – Comparação do valor da aposentadoria em relação ao salário-de-contribuição

	Idade	Tempo de contribuição	Fator previdenciário	Fórmula 85/95
Mulher	55	30	70%	100%
Homem	60	35	85%	100%

Fonte: BRASIL (2015).

O ex-secretário de Políticas Públicas da Previdência Social do Ministério da Previdência apresentou preocupação quanto a alteração na política previdenciária:

Nos primeiros anos a fórmula 85/95 pode retardar algumas aposentadorias e com isso reduzir o déficit da Previdência. Mas será um alívio de curto prazo porque depois essa conta será crescente. Hoje, as mulheres se aposentam, em média, com 52 anos de idade e ficam com uma aposentadoria 30% menor do que caberiam se fosse o teto. Com a fórmula 85/95, com apenas mais 1,5 ano de trabalho a aposentadoria já será completa. Para os homens a mudança é menos benéfica, mas ainda muito relevante. Como eles se aposentam aos 55 anos, em média, precisariam trabalhar mais 2,5 anos para chegar ao teto da aposentadoria, que seria 20,5% maior que o garantido pelo fator previdenciário. (MUDANÇA..., 2015).

Como se observa, a mudança de determinadas políticas, em sendo mal projetada e ausente estudo pormenorizado capaz de atestar a eficácia e concretude de tal alteração, poderá acarretar dificuldades financeiras ainda piores.

4.4 DAS MUDANÇAS IMINENTES E A RECOMENDAÇÃO N. 202 DA OIT

Não há qualquer dúvida quanto ao fato de que o envelhecimento da população acabará por onerar de modo significativo o sistema securitário. Trata-se de tendência mundial, motivo de preocupação principalmente em países europeus, onde os primeiros sinais desta realidade já podem ser observados. Porém, a questão não pode ser objeto de simples análise econômica. Os gastos na efetivação de direitos sociais não devem ter uma avaliação puramente contábil, visto que tal procedimento implica em considerar que todas as despesas públicas possuem a mesma relevância e o mesmo valor, independentemente de seus objetivos e resultados (CRUZ; OLIVIERO, 2014, p. 500).

A experiência internacional revela que os investimentos em direitos sociais, mesmo em períodos de crise, podem trazer importantes contribuições à estabilização econômica. Neste sentido, a Recomendação n. 202 da Organização Internacional do Trabalho OIT, indica horizontes de fomento securitário como resposta aos flagelos da inflação, recessão e desemprego.

O documento firma dois eixos principais de repercussão do incremento do sistema de proteção social.

No primeiro eixo expõe a ideia de que seguridade é um direito humano capaz de reduzir a pobreza, a desigualdade, a exclusão e insegurança social.

No segundo bloco, aponta que a seguridade é uma necessidade econômica para o desenvolvimento e progresso, que atua como fomento ao emprego formal e instrumento de estabilização econômica, estimulando a demanda agregada em tempos de crise. Seria, portanto, o caminho de transição para uma economia sustentável (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 2012).

Há, assim, uma relação circular de investimento em segurança social e impulso econômico, visto que a proteção a garantias sociais básicas se traduz em força e estabilidade de sociedades e mercados.

Por outro lado, ao se abordar especificamente os direitos sociais de cunho previdenciário, a evidência empírica demonstra que a vinculação restritiva da concessão de benefícios a um rígido aporte contributivo pode resultar em maiores gastos, e não a economia almejada.

Algo semelhante ocorre com o problema da troca dos regimes de repartição por regimes de capitalização:

A substituição de um sistema de repartição por um de CPI não resolve, necessariamente, os problemas do primeiro: mais da metade dos filiados não contribuem pontualmente com o sistema; a baixa densidade de contribuição provocará a necessidade de o Estado financiar benefícios mínimos e assistenciais, agravando e prolongando o déficit fiscal e o período de transição, e o crescimento da esperança de vida obrigará o aumento da contribuição ou da idade para aposentadoria, ou ambas. (MESA-LAGO, 2006, p. 161).

Neste contexto, a expectativa de aumento da idade média de aposentadoria do brasileiro mediante a adoção da fórmula 85/95, aliada à manutenção do fator previdenciário como redutor de salário de benefício nas aposentadorias precoces, pode levar a resultados diversos daqueles que fundamentaram a opção legislativa.

O governo admite que o fator previdenciário não cumpriu seu objetivo principal de postergar a aposentadoria dos trabalhadores do Regime Geral da Previdência Social e que essa base de cálculo reduz em mais de 30% o valor final do benefício. O Executivo também não possui uma alternativa consolidada ao fator previdenciário. Esse diagnóstico foi apresentado, nesta terça-feira (27), pelo diretor do Regime Geral do Ministério da Previdência Social, Rogério Costanzi, em audiência pública sobre o assunto, promovida pelo Grupo de Trabalho Câmara Negociação-Desenvolvimento Econômico e Social e pela Comissão de Trabalho, de Administração e Serviço Público. Segundo o diretor, mesmo com o fator previdenciário, criado em 1999, o governo não conseguiu ampliar a idade média da aposentadoria, que se estabilizou em 54 anos entre os homens e em 51 anos entre as mulheres desde 2002. “Temos observado que, em geral, as pessoas ao completarem os 35 (homens) ou 30

anos (mulheres) de contribuição preferem se aposentar, mesmo sabendo que vão ter um desconto que pode chegar a mais de 30% no valor do benefício. Esses cidadãos preferem acumular salário no curto prazo [trabalhando depois de se aposentar], mas geram um problema para o futuro, quando efetivamente perderem sua capacidade de trabalho e forem obrigados a viver com uma aposentadoria menor do que teriam se adiassem a saída do serviço”, explicou Costanzi, reforçando que o Executivo não tem uma proposta consensual para reverter a situação. (CÂMARA DOS DEPUTADOS, 2012).

Portanto, o fator previdenciário não tem se revelado eficaz quanto ao objetivo que ensejou a sua criação, qual seja, o de desestimular a aposentadoria precoce. Talvez se possa mesmo cogitar de um efeito reverso, no sentido de que os segurados passarão a entender que seus benefícios de aposentadoria serão como regra inferiores àqueles necessários para o próprio sustento, de modo que lhes será mais útil a percepção prolongada de um complemento de renda (aposentadoria diminuída pelo fator previdenciário) e a instituição de reservas pessoais para situações de incapacidade ou velhice extrema.

Por outro lado, a fórmula 85/95 não trará significativas alterações neste cenário, seja pela manutenção do fator previdenciário nos casos em que não preenchidas as somas de idade e tempo de contribuição, seja pela excepcionalidade de situações vantajosas na sua aplicação.

A crítica que se pode fazer, ao final de todas as análises realizadas, é a de que o fator previdenciário vem trazendo restrição de direitos sociais com duvidoso proveito à coletividade. Não existe comprovação irrefutável de que a redução do valor dos salários-de-benefício aos aposentados tenha, de fato, se traduzido em ganho aos cofres públicos, visto que, como explanado, não logrou êxito em desestimular a aposentadoria precoce.

Por fim, deve-se consignar que a experiência internacional revela que o cerceamento de direitos sociais também pode se traduzir em prejuízos econômicos e desestímulo ao crescimento. A proteção securitária social, longe de se afigurar como um gasto que onera os cofres públicos, deve ser vista como um investimento em pessoas, e, por via oblíqua, em mercados. As alterações neste sistema não podem considerar fatores contábeis puros, mas sim buscar um equilíbrio entre a efetivação de direitos fundamentais e as possibilidades econômicas estatais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fator previdenciário foi introduzido no ordenamento jurídico brasileiro com a proposta de redução de gastos públicos com benefícios de aposentadoria, objetivando, assim, o equilíbrio financeiro e atuarial do Regime Geral da Previdência Social.

Houve tentativa de extinção do índice tanto na via política, pela aprovação no Congresso de ato normativo de revogação, quanto na esfera judicial, pela declaração, em controle difuso, da inconstitucionalidade do fator.

Apesar de sua persistência, verifica-se que o fator previdenciário não representou efetivo benefício ao equilíbrio das contas do sistema securitário pátrio, ao menos não da forma quando projetado. Não houve o almejado desestímulo à concessão de aposentadorias precoces e os segurados passaram a buscar um benefício em valor menor com prazo de vigência maior.

Além disso, cabem críticas quanto ao efeito reverso do fator, de desestímulo à participação contributiva do trabalhador no sistema previdenciário, pela criação de um senso comum de

que as aposentadorias implicam sempre em queda do padrão econômico, sendo mais vantajosa a instituição de um fundo particular de poupança. Por sua vez, a evasão dos contribuintes pode levar a uma sobrecarga nos benefícios de cunho assistencial, onerando ainda mais os cofres públicos.

A adoção da fórmula 85/95 também se apresenta como medida de desestímulo à aposentadoria precoce. Observa-se que a sua adoção não implicará na extinção do fator previdenciário e que o ajuste fiscal decorrente da medida também possui prognóstico incerto.

Apesar de legítimos os esforços na busca de um equilíbrio atuarial e financeiro do Regime Geral da Previdência Social, a experiência de outros países atingidos por crises econômicas na última década mostra que o cerceamento ou a restrição de direitos sociais securitários não se revela como medida eficaz de estímulo ao crescimento. O caminho a ser traçado para o fortalecimento dos mercados passa pela proteção social em políticas públicas orientadas para a realização de direitos fundamentais.

SOCIAL SECURITY FACTOR AND THE 85/95 FORMULA

ABSTRACT

By the publication of the Provisional Measures n°. 664 and n°. 665 in the Extra Ediction of the Federal Official Gazette in December 30th 2014, there was a significant restriction social security benefits. Parliamentary discussions have revived the complex debate upon the social security factor. This issue had already been reviewed by judicial decision wich recognized the unconstitutionality of this index application. The present work aims to punctuate what changes with the New Calculation Methodology and with the concession of benefits requirements as said in the Social Security General Program, and if such changes are consistent with the current brazilian policy and its constitutional AIMS.

Keywords: Social Security Factor. Social Rights. 85/95 Formula. Social Security.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Congresso Nacional. *Projeto de Lei de Conversão 4*. Altera a Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, n. 10.876, de 02 de junho de 2004, n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990 e 10.666, de 08 de maio de 2003, e dá outras providências. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=166800&tp=1>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. *Constituição*. República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. Decreto n. 3.266, de 29 novembro de 1999. Atribui competência e fixa a periodicidade para a publicação da tábua completa de mortalidade de que trata o § 8º do art. 29 da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, com a redação dada pela Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 30 nov. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3266.htm>. Acesso em: 22 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre a organização da Seguridade Social, institui o Plano de Custeio, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jul. 1991.

BRASIL. Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 jul. 1991.

BRASIL. Lei n. 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 06 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9876.htm>. Acesso em: 15 maio 2015.

BRASIL. *Ministério da Previdência Social*. Disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/informaes-2/fator-previdenciario-2/>>. Acesso em: 10 maio 2015.

BRASIL. Ministério da Seguridade Social, Ministério da Fazenda, Ministério do Planejamento, Orçamento e Finanças. *Exposição de Motivos n. 23/2014*. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=165946&tp=1>>. Acesso em: 20 maio 2015.

BRASIL. Presidência da República. Medida Provisória n. 664, de 30 de dezembro de 2014. Altera as Leis n. 8.213, de 24 de julho de 1991, n. 10.876, de 2 junho de 2004, n. 8.112, de 11 de dezembro de 1990, e a Lei n. 10.666, de 8 de maio de 2003. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 31 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=159445&tp=1>>. Acesso em: 02 jun. 2015.

BRASIL. Senado Federal. *Boletim Legislativo n. 31*. Fator previdenciário ou fórmula 85/95? A construção de uma alternativa. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <file:///D:/Unoesc/Downloads/Boletim_n.31_FernandoMeneguim_PedroFNery.pdf>. Acesso em: 26 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de descumprimento de preceito fundamental n. 132. Relator: Ministro Ayres Brito. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 05 maio 2011. JusBrasil, Brasília, DF, 14 out. 2011. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/20627227/arguicao-de-descumprimento-de-preceito-fundamental-adpf-132-rj-stf>>. Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3510. Relator: Ministro Ayres Brito. Órgão julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 29 maio 2008. JusBrasil, Brasília, DF, 28 maio 2010. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14777663/acao-direta-de-inconstitucionalidade-adi-3510-df-stf>>. Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 201819. Relator: Ministro Ellen Gracie. Relator para acórdão: Ministro Gilmar Mendes. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento em: 11 out. 2005. JusBrasil, Brasília, DF, 27 out. 2006. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/762997/recurso-extraordinario-re-201819-rj>>. Acesso em: 12 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 643213. Relator: Min. Ricardo Lewandowski. Órgão julgador: Segunda Turma. Julgamento em: 05 jun. 2012. Acórdão Eletrônico DJe-120, Brasília, DF, 20 jun. 2012.

BRASIL. Tribunal Regional Federal. Primeira Vara Federal de São Paulo/SP. AO n. 0009542-49.2010.403.6183. Juiz Marcos Orione Gonçalves Correia. São Paulo, 30 nov. 2010.

CÂMARA DOS DEPUTADOS. Governo admite que fator previdenciário não conseguiu adiar aposentadorias. Brasília, DF, 2012. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/412994-GOVERNO-ADMITE-QUE-FATOR-PREVIDENCIARIO-NÃO-CONSEGUIU-ADIAR-APOSENTADORIAS.html>>. Acesso em: 31 maio 2015.

CRUZ, Paulo Márcio; OLIVIERO; Maurizio. Reflexões sobre a crise financeira internacional e o Estado de Bem-Estar. *Pensar, Fortaleza*, v. 19, n. 2, maio/ago. 2014.

DELGADO, Guilherme C. et al. *Avaliação de resultados da lei do fator previdenciário*. Brasília, 2006. Disponível em: <www.ipea.com.br>. Acesso em: 23 maio 2015.

MUDANÇA no fator pode onerar contas em até 1,1% do PIB. Valor Econômico, maio 2015. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/4050890/mudanca-no-fator-pode-onerar-contas-em-ate-11-do-pib>>. Acesso em: 26 maio 2015.

HORVAT JUNIOR, Miguel. *Direito Previdenciário*. 7. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. *Curso de Direito Previdenciário*. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2012.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. Tábua completa de mortalidade para o Brasil - 2013. Rio de Janeiro, 2014. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/presidencia/noticias/impressao/ppts/00000019794312112014432701710507.pdf>>. Acesso em: 23 maio 2015.

FOLMANN, Melissa; SOARES, João Marcelino. *Revisões de benefícios previdenciários*. Curitiba: Juruá, 2011.

MENEGUIN, Fernando B.; NERY, Pedro Fernando. *Fator Previdenciário ou Fórmula 85/95? A construção de uma alternativa*. Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, maio 2015 (Boletim Legislativo nº 31, de 2015). Disponível em: <www.senado.leg.br/estudos>. Acesso em: 18 maio 2015.

MESA-LAGO, Carmelo. *As reformas de previdência na América Latina e seus impactos nos princípios de seguridade social*. Tradução Secretaria de Políticas de Previdência Social. Brasília: Ministério da Previdência Social, 2006.

PENAFIERI, André Carvalho; AFONSO, Luís Eduardo. O Impacto da Mudança da Regra de Cálculo das Aposentadorias por Tempo de Contribuição Do INSS: O Fator Previdenciário é Atuariamente Justo? *Revista Economia Aplicada*, v. 17, n. 4, p. 667-694, 2013. Disponível em: <<http://www.scielo.br/scielo>>. Acesso em: 24 maio 2015.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Recomendação 202. Genebra, 2012. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/recomendacao_202.pdf>. Acesso em: 23 maio 2015.

VIANNA, João Ernesto Aragonés. *Curso de Direito Previdenciário*. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

TSUTIYA, Augusto Massayuki. *Curso de Direito da Seguridade Social*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

A MOROSIDADE DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO CONTROLE DAS APOSENTADORIAS E OS PRINCÍPIOS DA RAZOÁVEL DURAÇÃO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO E DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Wilson Steinmetz *
Reinaldo Gomes Ferreira **

RESUMO

A morosidade no exercício do controle externo pelos Tribunais de Contas, nos atos de aposentadorias, afeta negativamente a vida do aposentado que sofre pela impossibilidade de resgatar, em tempo hábil, seu direito em face do lapso temporal decorrido, em total desrespeito aos princípios da razoável duração do processo e da dignidade da pessoa humana.

Palavras-chave: Tribunal de Contas. Aposentadorias. Razoável duração processual. Dignidade da pessoa humana.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objeto a demora no trâmite processual da análise da legalidade das aposentadorias realizadas pelos Tribunais de Contas, órgãos de controle externo com competências próprias e privativas. Essa morosidade ocasiona, não raras vezes, severas consequências aos destinatários dos benefícios previdenciários, como a redução drástica e repentina dos seus proventos, recebidos ao longo do tempo, sem que os aposentados possam retornar às atividades para resgatarem os seus direitos, em face da superação da idade limite ou por motivos de saúde que o decurso do tempo lhes proporcionou. Isso caracteriza violação do princípio da razoável duração do processo administrativo e do princípio da dignidade da pessoa humana? Essa é a questão fundamental objeto de análise aqui.

A atuação do controle externo a posteriori, demasiadamente atrasada, afeta a possibilidade de o interessado buscar, a tempo, a garantia da manutenção da integralidade dos seus proventos até então disponível, tornando inócua qualquer manifestação de vontade do servidor aposentado frente à decisão imperativa do Tribunal de Contas.

Adotando-se o pressuposto que não houve a má-fé do servidor público para o implemento do seu direito de aposentadoria, e que a concessão do benefício foi de responsabilidade exclusiva da Administração Pública, o controle externo praticado sem prazo razoável destitui o aposentado do direito da plena cidadania, tornando-o um indivíduo carente da proteção do Estado, que o desprestigia como ser humano, violando, pois, frontalmente, a dignidade da pessoa humana. Essa é a hipótese que se pretende corroborar argumentativamente.

Inicialmente, tratar-se-á do papel dos Tribunais de Contas quando da análise das aposentadorias concedidas pelos órgãos e entidades jurisdicionados. Na sequência, aborda-se o conteúdo

* Doutor em Direito pela Universidade Federal do Paraná; Professor do Mestrado em Direito da Universidade de Caxias do Sul; Professor do Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; steinmetz@gmail.com

** Mestrando em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Diretor de Controle de Atos de Pessoal do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; reinaldonoare@hotmail.com

do dever da observância da razoável duração do processo administrativo sob o aspecto constitucional. Por fim, analisa-se o desrespeito à dignidade da pessoa humana em face da morosidade da atuação do controle dos atos de aposentadorias realizados pelos Tribunais de Contas.

2 A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS NO ÂMBITO DO CONTROLE DA LEGALIDADE DAS APOSENTADORIAS

As noções gerais de controle externo e as atribuições constitucionais do Tribunal de Contas da União estão assentadas no inciso III do artigo 71 da Constituição Federal,¹ que dispõe precisamente sobre a fiscalização nos atos administrativos de concessões de benefícios.

Vislumbra-se que a norma constitucional defere competência específica quanto à matéria sobre as apreciações da legalidade dos atos administrativos concessivos dos benefícios da previdência social no âmbito da União.

Os Estados e alguns municípios, por sua vez, contemplam seus Tribunais de Contas com suas respectivas constituições estaduais e leis orgânicas.

Desvelando a natureza jurídica da atuação dos Tribunais de Contas, Levi (1999, p. 135) declara que “[...] a tarefa de apreciar a legalidade dos atos de concessão de aposentadorias e pensões consiste em um verdadeiro julgamento administrativo de competência exclusiva das Cortes de Contas.”

Com suporte na doutrina de Torres (1991, p. 37), pode-se considerar que os Tribunais de Contas são órgãos auxiliares dos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário, bem como da sociedade organizada mediante seus órgãos de participação política.

Os Tribunais de Contas têm competência exclusiva no controle da legalidade dos atos administrativos que outorgam aos segurados dos regimes próprios de previdência social o direito de receber os benefícios previdenciários. Nenhum outro órgão público ocupa-se desta prerrogativa.

Para a realização de suas atividades de controle, os Tribunais de Contas se utilizam de normas próprias para determinar aos jurisdicionados a remessa de toda documentação e informações necessárias acerca dos benefícios previdenciários concedidos.

Essas normas preveem prazos de remessa, porém, não raras às vezes, são desobedecidas pelos órgãos ou entidades que realizam os pagamentos de proventos, por meio de seus regimes próprios de previdência social.²

Ocorre que após o recebimento do material exigido, em tempo hábil ou não, os Tribunais de Contas, por conta do elevado número de processos de aposentadorias já existentes em seus estoques, e também por consequência da insuficiência de servidores, atrasam consideravelmente

¹ Artigo 71 - [...] III - apreciar, para fins de registro, a legalidade dos atos de admissão de pessoal, a qualquer título, na administração direta e indireta, incluídas as fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público, excetuadas as nomeações para cargo de provimento em comissão, bem como as de concessões de aposentadorias, reforma e pensões, ressalvadas as melhorias posteriores que não alterem o fundamento legal do ato concessório.

² Regime Próprio de Previdência Social: regime de previdência, estabelecido no âmbito de cada ente federativo, que assegure, por lei, a todos os servidores titulares de cargo efetivo, pelo menos os benefícios de aposentadoria e pensão por morte previstos no art. 40 da Constituição Federal (BRASIL, 2009).

a análise dos processos, muitas vezes superando o tempo de dez anos para exarar suas decisões preliminares ou definitivas.³

Percebe-se que da data da concessão da aposentadoria, por meio da Administração Pública a qual o servidor está vinculado, até a manifestação do órgão de controle externo, pode ocorrer um lapso de tempo demasiado, colocando em risco a oportunidade de o interessado retornar à atividade para repor o tempo que não foi considerado como legal.

Cita-se o exemplo hipotético de um servidor aposentado há mais de dez anos, cujo valor dos proventos está abaixo do teto do Regime Geral de Previdência Social, o que lhe concede a isenção previdenciária. De maneira inesperada, recebe diligência do Tribunal de Contas⁴ para prestar informações, em prazo estabelecido, sobre a ausência de contribuição previdenciária de determinado tempo de serviço quando ainda estava em atividade.

A ausência de provas materiais para a comprovação dos recolhimentos fará com que o Tribunal de Contas determine à Administração Pública, por meio da unidade gestora do regime de previdência instituidor,⁵ responsável pelos pagamentos dos proventos, a supressão de valores que compõem seu benefício, ou o retorno do aposentado às atividades, com o intuito de completar o tempo de contribuição faltante.

Passados mais de dez anos, o aposentado pode ter completado setenta anos, idade limite⁶ para o reingresso no cargo efetivo na Administração Pública, assim, fatalmente a única opção será o desconto nos seus proventos por determinação do Tribunal de Contas.

Considerando que os Tribunais de Contas adotam a premissa que os atos de aposentadorias são complexos⁷ exigindo a sua impostergável manifestação, logo não se aplica o instituto da decadência,⁸ conseqüentemente, o controle externo exercido sobre esses atos não tem prazo para a sua atuação, o que desperta a inoportuna ideia de controle de natureza ad aeternum, ou seja, independente do prazo transcorrido o ato de aposentadoria somente se aperfeiçoa mediante a decisão do Tribunal de Contas.

Sob este aspecto, e na seara jurisprudencial, o entendimento do Supremo Tribunal Federal⁹ é no sentido de que o ato de aposentadoria é complexo e, em sendo assim, torna obrigatória a

³ Art. 12. A decisão em processo de prestação ou tomada de contas pode ser preliminar, definitiva ou terminativa. § 1º Preliminar é a decisão pela qual o Tribunal, antes de pronunciar-se quanto ao mérito das contas, resolve sobrestar o julgamento, ordenar a citação dos responsáveis ou, ainda, determinar as diligências necessárias ao saneamento do processo. § 2º Definitiva é a decisão pela qual o Tribunal julga regulares, regulares com ressalva ou irregulares as contas (BRASIL, 2000).

⁴ Obrigatoriedade da aplicação da Súmula 03 do Supremo Tribunal Federal - Ampla defesa e o contraditório.

⁵ Regime Próprio de Previdência que realiza as prestações previdenciárias ao inativo vinculado.

⁶ Constituição Federal, Art. 40, § 1º, II - compulsoriamente, com proventos proporcionais ao tempo de contribuição.

⁷ O ato complexo é formado pela manifestação de vontade, que se expressa pela participação de dois ou mais órgãos, cujas exteriorizações se verificam em uma só vontade. Há como um feixe unitário de impulsos volitivos, de forma que o ato jurídico é produto da ação conjugada da vontade desses órgãos. Nesse ato há unidade de conteúdo e unidade de fins de várias vontades que se congregam, operando em fases simultâneas ou sucessivas para formar um único ato jurídico, como vontades concorrentes que cooperam na sua constituição (MELLO, 2007, p. 541).

⁸ A decadência é a extinção do direito potestativo pela falta de exercício dentro do prazo prefixado, atingindo indiretamente a ação (DINIZ, 1996, p. 33).

⁹ APOSENTADORIA - ATO ADMINISTRATIVO DO CONSELHO DA MAGISTRATURA - NATUREZA - COISA JULGADA ADMINISTRATIVA - INEXISTÊNCIA. O ato de aposentadoria exsurge complexo, somente se aperfeiçoando com

manifestação do Tribunal de Contas para que o ato de aposentadoria se torne eficaz, independente do tempo transcorrido.

A adoção da premissa de ato complexo pelos Tribunais de Contas encontra amparo na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, entretanto, não se pode olvidar, sobretudo, o cotejo de princípios contidos na Constituição da República Federativa do Brasil (CF), impondo reflexão acerca do legalismo estrito. É o que se pretende ressaltar no exame dos itens que seguem.

3 O DEVER DE DURAÇÃO RAZOÁVEL DO PROCESSO ADMINISTRATIVO

O prosseguimento metódico de atos administrativos internos ou externos destinados à consecução de um resultado final da Administração Pública denomina-se processo administrativo.

Os controles dos atos administrativos exercidos pelos Tribunais de Contas se manifestam por meio de processos administrativos e conforme Di Pietro (2006, p. 413), “[...] a decisão do Tribunal de Contas não se iguala à decisão jurisdicional, porque está também sujeita a controle pelo Poder Judiciário, ou seja, as manifestações dos Tribunais de Contas têm natureza administrativa.”

Paschoal (2000, p. 122) argumenta que a natureza jurídica dos Tribunais de Contas possui julgamento administrativo, o qual, modo geral, é realizado a posteriori.

Conjecturando a natureza administrativa das atividades dos Tribunais de Contas, segundo a doutrina citada, pode-se invocar o artigo 5º, inciso LXXVIII, da CF,¹⁰ alterado por meio da Emenda Constitucional de n. 45 (BRASIL, 2004), que acolheu o princípio da duração razoável do processo, e ganhou o status de direito fundamental.

Destaca-se que a própria CF adotou no enunciado normativo comentado, além da expressão judicial, o vocábulo “administrativo”, abrangendo tanto os processos do Poder Judiciário quanto aos demais órgãos e entidades da Administração Pública.

O mandamento constitucional em comento ressalta a efetivação dos meios que garantam conotação breve, tempestiva, na tramitação do processo, no intento de evitar futuros prejuízos aos destinatários, bem como para a Administração Pública, que poderá responder pela demora praticada por qualquer agente, servidor ou não, que cause prejuízo ao erário, consoante dispõe o § 5º, do artigo 37 (CF).

O razoável prazo do processo configura garantia contra o Estado na morosidade de sua atuação às demandas promovidas por todos os sujeitos que se apresentam como partes em um processo, incluindo-se nesta seara a função de controle externo realizada pelos Tribunais de Contas.

Quanto ao envolvimento do aposentado como parte do processo, cabe expor que os Tribunais de Contas seguem o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que a relação processual era apenas de natureza endoadministrativa, com a participação exclusiva do órgão de fiscalização e dos de gestão, sem a manifestação dos interessados.

Entretanto, a partir da Súmula Vinculante n. 3, de 17 de setembro de 2007, o Supremo Tribunal Federal (STF), ao julgar o Mandado de Segurança n. 24.268, formou a convicção de que havendo a possibilidade da decisão do Tribunal de Contas anular ou revogar o ato administrativo

o registro perante a Corte de Contas. Insubstância da decisão judicial na qual assentada, com óbice ao exame da legalidade, a coisa julgada administrativa (BRASIL, 1997).

¹⁰ Artigo 5º [...] LXXVIII - a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

que beneficie o aposentado, excetuada a apreciação da legalidade do ato de concessão inicial de aposentadoria, reforma ou pensão, será assegurado o contraditório e a ampla defesa.

Posteriormente, com o Mandado de Segurança de n. 25.116, o STF passou a adotar o entendimento de que decorrido mais de cinco anos após a concessão da aposentadoria sem que o Tribunal de Contas tivesse se manifestado, nascia o direito de o aposentado fazer parte do processo.¹¹ E, por fim, sob essa matéria, ao analisar o Mandado de Segurança n. 24.781, o STF considerou que o prazo de cinco anos conta a partir da entrada do ato administrativo de aposentadoria no Tribunal de Contas.

Embora haja a garantia da participação no processo pelo aposentado, para atender ao princípio constitucional da ampla defesa e do contraditório, a demora da atuação dos Tribunais de Contas, em desrespeito ao princípio da razoável duração do processo, reverte ao inativo à vulnerabilidade de garantir justiça pelo decurso do tempo.

A não observância do razoável prazo processual desestabiliza a dimensão do princípio do contraditório e da ampla defesa, pois, segundo o exemplo hipotético, o lapso de tempo inutiliza os meios para se garantir justiça, e ainda descarta a oportunidade dos interessados influenciarem a decisão administrativa.

O princípio da ampla defesa e do contraditório se desdobra em dois momentos. O primeiro a dar ciência à parte interessada de prover suas provas, e o segundo por meio de sua dimensão substancial que se traduz na influência que a participação exerceria sobre o julgador agindo acerca da decisão proferida.

Percebe-se que o objetivo deste princípio é o de conferir ciência ao interessado no processo para apresentação de provas e outros meios legais, e em especial, o direito de ver seus argumentos considerados a fim de influenciar o convencimento probatório na busca da justiça.

Contudo, não podemos esquecer que o tempo afeta a justiça, e a esse respeito comenta Hoffman (2006, p. 212): “[...] um Estado democrático não pode abandonar seus cidadãos a um processo lento e viciado, pois não é raro que as vidas e o destino das pessoas estejam diretamente vinculados a solução de um determinado processo.”

O dever do razoável prazo processual não é acontecimento recente, estando a tempo assimilado em nosso ordenamento jurídico. O Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969, já assegurava este princípio. Ressalta a importância de sua citação, senão vejamos:

Artigo 8º - Garantias Judiciais:

1- Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. (CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS, 1969).

¹¹ Mandado de Segurança n. 25.116/DF - Decisão do STF que adotou o entendimento de que se deve assegurar aos interessados o contraditório e a ampla defesa quando transcorridos mais de cinco anos sem que haja a apreciação dos atos concessivos de aposentadorias e pensões pelo TCU.

O tratado mencionado foi acolhido no Brasil pelo Decreto Legislativo n. 226, de 12 de dezembro de 1991, e ratificado pelo Decreto n. 678, de 06 de novembro de 1992. Possui como pressuposto o exercício pleno da cidadania nos Estados Democráticos de Direito, garantindo aos cidadãos a efetivação dos direitos que lhes são assegurados, em especial, o trâmite processual de forma célere e eficiente.

A jurisprudência brasileira é farta em decisões a respeito da extensão conferida ao direito à razoável duração do processo. Como exemplo cita-se o Recurso Extraordinário em face do Mandado de Segurança n. 214.364,¹² de Minas Gerais. O Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido se pronunciou no Mandado de Segurança MS 10476/DF 2005/0031953-0, entre outros.

Com base nessas considerações, o razoável prazo processual trata-se, portanto, de um direito fundamental assegurado na Constituição Brasileira, que deve ser observado rigorosamente pelas Administrações Públicas e, sobretudo, pelos órgãos de controle externo, cabendo aos responsáveis públicos à missão de concretizar esse direito e os meios adequados para alcançá-los, pois as funções públicas, na sua essência, devem estabelecer fidelidade ao princípio do razoável prazo processual para atingir à finalidade colimada.

Diante do que foi abordado neste tópico, pode-se afirmar, com clareza, que a atuação do controle externo se vincula forçosamente a um prazo a ser estabelecido, de modo a evitar prejuízos que o tempo pode causar.

4 O DESRESPEITO À DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA EM FACE DA MOROSIDADE DA ATUAÇÃO DO CONTROLE DOS ATOS DE APOSENTADORIAS REALIZADOS PELOS TRIBUNAIS DE CONTAS

Por mais que se queira delinear a matéria sobre dignidade da pessoa humana, mais difícil torna-se sua exposição, dado ao seu alto grau de abstração, pois abrange questões que perpassam meros conceitos e normas, e envolvem vários segmentos das ciências humanas, merecendo insofismável proteção do Estado e de toda a sociedade.

Embora a dignidade da pessoa humana alcance conceitos polissêmicos, há que se refletir progressivamente sobre esse tema, que aufere cada vez mais importância no cenário mundial, certamente por se tratar de uma característica intrínseca do ser humano.

Sob essa concepção, destaca-se o entendimento de Sandkuhler (2013, p. 120) acerca da dignidade da pessoa humana o qual expressa ser “[...] um conceito jurídico para caracterizar aquilo que não é humano no ser humano e que deve, por isso, ser respeitada e protegida.”

¹² “MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO - SERVIDOR PÚBLICO - PROCESSO ADMINISTRATIVO DE APOSENTADORIA - OMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO EM SE PRONUNCIAR POR MAIS DE 3 ANOS - DEMORA INJUSTIFICADA - OFENSA AOS ARTIGOS 5º, LXXVIII DA CF E 46 A 48 DA LEI ESTADUAL N. 14.184/02 - SEGURANÇA CONCEDIDA. Demonstrado que o processo administrativo de aposentadoria iniciado há mais de 3 anos permanece sem conclusão, em afronta à garantia constitucional da razoável duração do processo, bem como aos princípios da eficiência e razoabilidade, concede-se a segurança para compelir o impetrado a se pronunciar sobre a questão em prazo fixado pela Lei Estadual n. 14.184/02, que dispõe sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Estadual, sob pena de multa.”

3. O Supremo Tribunal Federal entende que a apreciação, pelo Poder Judiciário, de atos administrativos tidos por ilegais ou abusivos não ofende o Princípio da Separação dos Poderes. Precedentes: AI n. 463.646/AgR, AI n. 777.502/AgR e MS n. 23.452 (BRASIL, 2010, 2005, 1999).

4. Recurso extraordinário a que se nega seguimento.

Comparato (2005, p. 1) assevera que a dignidade da pessoa humana recebeu tratamento distinto, enquanto princípio, pela precedência até mesmo da Constituição Federal. Enquanto valor existente no âmbito das sociedades humanas, tal valor precederia qualquer diploma normativo, pela própria essencialidade de manutenção de um mínimo existencial.

Perfilha-se, nesse sentido, o entendimento de Barreto (2013, p. 209) ao afirmar que a dignidade da pessoa humana são direitos elementares que impedem a coisificação do ser humano.

Diante dos conceitos acima expostos pode-se, de forma singela, deduzir que este princípio é patrimônio universal dos seres humanos e sua proteção é dever de todos. Trata-se de direito do homem que impõe um controle da atividade estatal impossibilitando o Estado de reduzir o homem a um simples objeto. Desvela-se a dignidade da pessoa humana como direito e dever da sociedade, direito por ser imanente do próprio do homem e dever porque temos a obrigação de reconhecimento e de garantir e defender os meios para a sua aplicabilidade.

Sob essa linha de raciocínio, torna-se mais fácil compreender que o não atendimento ao prazo razoável do processo afeta, indubitavelmente, dentre outros princípios, o da dignidade da pessoa humana, pois nas palavras de Barbosa (2015), “[...] o tempo também atua como limitador negativo, no sentido de tolher a possibilidade de alguém exercer direitos de forma indefinida.”

A dignidade da pessoa humana, como princípio de sustentação dos anseios individuais, reverte-se mitigada quando processos judiciais ou administrativos se arrastam ao longo do tempo sem definição conclusiva, pois a demora na prestação processual causa às partes envolvidas ansiedade e prejuízos irreversíveis de ordem material, moral, psicológica e física.

Para Sarlet (2001, p. 60), a dignidade da pessoa humana significa a “[...] qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado”, logo, o procedimento abrupto da redução dos proventos de uma aposentadoria concedida por mais de dez anos, determinada pelo Tribunal de Contas, órgão de controle externo que integra a estrutura do Estado, provoca desestabilização na vida do aposentado, atentando contra os sentimentos basilares de respeito de cada indivíduo.

No tocante aos reflexos negativos sobre a dignidade da pessoa humana fomentado pelo atraso no trâmite processual, cita-se à jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, onde se materializou no Mandado de Segurança n. 30.567, do Distrito Federal, que a inércia ou excesso de prazo instaurado em virtude da demora desarrazoada na apreciação de pedido de aposentadoria ofende o direito subjetivo à duração razoável dos processos, erigido a princípio constitucional pela Emenda Constitucional n. 45/04, bem como aos princípios do Estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana.

Cristalino está que a inércia da Administração Pública cria no cidadão uma situação de angústia, insegurança, incerteza, ferindo sua dignidade como ser humano, a qual exige adequada solução em tempo aceitável de modo a evitar danos irreversíveis.

Como abordado anteriormente, o aposentado não pode ser penalizado pela inércia na tramitação do processo, em afronta ao princípio do razoável prazo processual, seja por parte da Administração Pública que o aposenta, seja pelo Tribunal de Contas que realiza a apreciação para fins de registro quanto à legalidade do ato administrativo.

Nesse enfoque, referenda-se o seguinte questionamento: De que adianta a ampla defesa e o contraditório, perante o Tribunal de Contas, após dez anos de percepção do benefício pre-

videnciário, se o aposentado não tem o direito de retornar ao serviço público em virtude de ter ultrapassado a idade limite, para evitar, assim, a redução dos seus proventos?

O limite de idade como permanência no cargo efetivo, segundo o artigo 40, II, da Constituição Federal, é de setenta anos, independente da vontade do servidor, devendo ser aposentado obrigatoriamente pelo ente público (aposentadoria compulsória), não podendo, sob qualquer hipótese, permanecer no serviço público, e é o que reafirma, a exemplo, o entendimento do Tribunal de Contas Catarinense, conforme seu prejudgado¹³ de n. 625.

Sob essa hipótese, cumpre anotar que o princípio da ampla defesa e o contraditório não atenderia aos seus fins, pois não há nenhuma resposta que possa modificar ou suprir o tempo considerado como irregular pelo Tribunal de Contas que agiu após longo tempo.

Considerando que a Administração Pública, a qual o inativo está vinculado, foi a responsável pela concessão do ato administrativo, e que ainda tem o dever de proceder em consonância com os princípios básicos, consolidados no caput do artigo 37 da Constituição Federal, qualquer restrição decorrente do ato de aposentadoria há que ser corrigida em tempo hábil com a precípua finalidade de evitar prejuízo ao beneficiário.

A aposentadoria é um benefício de caráter alimentar,¹⁴ e qualquer modificação inesperada, não causa mera irresignação do aposentado, ao revés implica consequências irreparáveis ao beneficiário, no momento que mais precisa ser amparado pelo Estado, desrespeitando a sua dignidade como pessoa humana, pois conforme argumentou Paulo Henrique Moritz Martins da Silva, no julgamento do Mandado de Segurança n. 2011.017857-2/SC “[...] a dignidade da pessoa humana é cláusula nuclear da Carta Política que deve ultrapassar a barreira das ideias e assegurar, no plano material, uma vida digna, sem sobressaltos e turbulências.”

Por derradeiro, se a atuação do controle externo fosse realizada dentro de um prazo razoável, haveria a chance de o aposentado regressar ao serviço público para compor o tempo faltante, facultando ao interessado o direito de buscar justiça, e, conseqüentemente, a manutenção da dignidade como pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

Por todo o exposto, deduz-se que os Tribunais de Contas, órgãos públicos incumbidos da responsabilidade de controlar a legalidade dos atos administrativos concessivos de aposentadorias, devem atuar de maneira ágil e tempestiva, necessitando, para tanto, de todo o aparato material e humano suficiente para atingir o princípio do razoável prazo processual, que, por sua vez, atenderia ao princípio da dignidade da pessoa humana.

A valorização absoluta acerca do princípio da legalidade, alicerce do controle externo, afeta negativamente aos princípios do razoável prazo do processo e da dignidade da pessoa humana.

¹³ São as decisões do Pleno do TCE/SC sobre processos de consulta, aprovadas pelo mínimo por cinco conselheiros. Referem-se a interpretações de lei ou questões formuladas em tese, e não podem abordar casos concretos, por administradores públicos.

¹⁴ RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PREVIDENCIÁRIO. BENEFÍCIO PREVIDENCIÁRIO. PAGAMENTO A MAIOR. REPETIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. BOA-FÉ. NATUREZA ALIMENTAR. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA RESERVA DE PLENÁRIO. INOCORRÊNCIA.

1. O benefício previdenciário pago a maior, porém recebido de boa-fé pelo segurado, não está sujeito à repetição de indébito, dado o seu caráter alimentar. Precedente: Rcl. 6944 (BRASIL, 2010b).

Como é cediço, os servidores públicos confiam nos atos administrativos quando são aposentados e alteram decisivamente suas condições de vida com base nos seus proventos como fiel garantia de suas sobrevivências. Portanto, não é prudente aquiescer que a morosidade dos controles externos exercidos pelos Tribunais de Contas, sobre os atos de aposentadorias possam trazer consequências irreversíveis aos aposentados idosos que dependem da garantia do Estado para a construção de uma sociedade justa e solidária.

THE SLOWNESS OF THE COURT OF AUDITORS IN THE CONTROL OF RETIREMENTS AND THE PRINCIPLES OF THE REASONABLE LENGTH OF THE ADMINISTRATIVE PROCEEDINGS AND OF THE DIGNITY OF THE HUMAN PERSON

ABSTRACT

The delay in the exercise of external control by the Audit Court, in retirement, negatively affects the life of the retiree who suffers from the inability to recover, in a timely manner, its right in the face of elapsed time lapse, in total disregard to the principles of reasonable duration the process and human dignity.
Keywords: Retirements. Reasonable procedural length. Dignity of human person.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. 3. ed. rev. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- BARRETO, Vicente de Paulo; RECKZIEGEL, Janaina. Dignidade humana, experiências científicas e Direitos Humanos. In: ALEXY, Robert et al. (Org). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.
- BRASIL. Constituição (1988). Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2004. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os artigos 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 30 dez. 2004.
- BRASIL. Ministério da Previdência Social. Orientação Normativa SPS n. 2, de 31 de março de 2009. Diário Oficial da União, Brasília, DF: MPS, 02 abr. 2009.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI 777.502. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em: 25 out. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AI n. 463.646. Relator: Ministro Ayres Britto. Órgão Julgador: Primeira Turma. Julgamento em: 27 maio 2005.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS n. 25.452. Relator: Ministro Celso de Mello. Julgado em 01 jun. 1999. JusBrasil, Brasília, DF, 08 jun. 1999.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Rcl. 6944. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Órgão Julgador: Tribunal Pleno. Julgamento em: 23 jun. 2010. JusBrasil, 13 ago. 2010.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 195861/ES. Relator: Ministro Marco Aurélio. Órgão Julgador: Segunda Turma. Julgamento em: 26 ago. 1997. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14699931/recurso-extraordinario-re-195861-es>>. Acesso em: 31 maio 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 669451/MG. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 13 mar. 2012. Disponível em:<<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/21402131/recurso-extraordinario-re-669451-mg-stf>>. Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula Vinculante n. 3, de 17 de setembro de 2007. Diário de Justiça da União, Brasília, DF, 17 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/menuSumario.asp?sumula=1191>>. Acesso em: 31 maio 2015.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Lei complementar n. 202, de 15 de dezembro de 2000. Institui a Lei Orgânica do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina e adota outras providências. Florianópolis, 15 dez. 2000.

BRASIL. Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina. Prejulgado n. 625. Processo n. CON-TC 0344400/86. Relator: Antero Nercolini. Florianópolis, 23 dez. 1998. Disponível em: <[hppt://www.tce.sc.gov.br](http://www.tce.sc.gov.br)>. Acesso em: 09 jun. 2015.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção Histórica dos Direitos Humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. Pacto de São José da Costa Rica, de 22 de novembro de 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>>. Acesso em: 08 jun. 2015.

DINIZ, Maria Helena. *Código Civil Anotado*. São Paulo: Saraiva, 2006.

HOFFMAN, Paulo. *Razoável duração do processo*. São Paulo: Quartier Latin, 2006.

LEVY, José Luiz. O Tribunal de Contas e as aposentadorias. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, n. 217, jul./set. 1999.

PASCOAL, Valdecir Fernandes. *A intervenção do Estado no Município: o papel do Tribunal de Contas*. Recife: Nossa Livraria, 2000.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito Administrativo*. 19. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

SANDKUHNER, Jorg Hans. *Níveis de Efetivação dos Direitos Fundamentais Cívicos e Sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

TORRES, Ricardo Lobo. O Tribunal de Contas e o controle da legalidade, economicidade e legitimidade. *Revista do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 22, jul. 1991.

PENSÃO ESPECIAL PAGA PELO ESTADO DE SANTA CATARINA ÀS PESSOAS DEFICIENTES

Rogério Gesta Leal *
Rose Maria dos Passos **

RESUMO

A Assembleia Geral da ONU reconhece desde 1975 os direitos das pessoas deficientes e a tutela destes, por meio da Declaração Universal dos Direitos das Pessoas Deficientes. Assim também o fez o Estado Brasileiro ao garantir em diversos dispositivos da Constituição Federal de 1988 a proteção destes mesmos direitos. Em 01.11.1982 o então governador do Estado de Santa Catarina promulgou a Lei n. 6.185 garantindo aos deficientes incapazes para o trabalho, uma pensão mensal no valor de meio salário mínimo regional. Desde a promulgação da lei estadual até meados do ano de 2013 os valores pagos pelo Estado de Santa Catarina a título de pensão especial instituída pela Lei n. 6.185/82 se deu de forma insuficiente, afrontando, tanto a Constituição Estadual do Estado de Santa Catarina, quanto a Constituição Federal de 1988. Neste artigo, destaca-se a garantia prevista no texto constitucional - art. 203, V -, de um salário mínimo nacional ao portador de deficiência que não puder prover a sua manutenção.

Palavras-chave: Deficiente. Pensão especial. Governo do Estado de Santa Catarina. Garantias fundamentais.

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O presente artigo busca analisar, sob a ótica das garantias fundamentais, o cumprimento por parte do Estado de Santa Catarina do pagamento de pensão especial por ele instituída destinada aos portadores de necessidades especiais definitivamente incapazes para o trabalho, em especial, os portadores de deficiência mental severa.

Não é objetivo discutir a efetividade social da pensão especial, também chamada de pensão graciosa; nem tampouco exaurir a discussão acerca dos critérios que o estado definiu para sua concessão e manutenção.

A situação real que se analisa envolve todos os portadores de deficiência mental severa, “agraciados” com a pensão especial paga pelo Estado de Santa Catarina e que tiveram, desde a promulgação da Constituição Federal de 1988, até meados de dois anos atrás, seu direito violado pelo próprio instituidor da lei - o poder executivo catarinense -, que realizava o pagamento em patamares inferiores ao mínimo previsto na Carta Magna, ou seja, um salário mínimo nacional.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor Colaborador da Universidade Estácio de Sá; Professor Visitante da Università Tullio Ascarelli - Roma Trè, Universidad de La Coruña - Espanha, e Universidad de Buenos Aires; Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; SCES - Trecho 3, Polo 8, Lote 9, 1º andar, 70200-003, Brasília, Distrito Federal, Brasil; gestaleal@gmail.com

** Especialista em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Especialista em Gestão de Recursos Humanos pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Xanxerê; Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Professora da Faculdade Senac/SC em Chapecó; Advogada; rosedospassos81@hotmail.com

A prestação assistencial de forma ineficiente por parte do Estado de Santa Catarina gerou (e ainda gera) aos deficientes danos irreparáveis, pois esta renda (se é que se pode chamar de renda) lhes garante seu sustento, saúde e educação.

2 MARCOS NORMATIVOS E HERMENÊUTICOS DA CONDIÇÃO DO DEFICIENTE NO BRASIL ENQUANTO SUJEITO DE DIREITO FUNDAMENTAL

A Assembleia Geral da ONU, através da Declaração dos Direitos das Pessoas Deficientes, reconhece desde - ao menos - o ano de 1975, a importância histórica da proteção dos direitos das pessoas deficientes, e isto fundado nos seguintes argumentos:

- a) recordando os princípios da Declaração Universal dos Direitos Humanos, dos Acordos Internacionais dos Direitos Humanos, da Declaração dos Direitos da Criança e da Declaração dos Direitos das Pessoas Mentalmente Retardadas, bem como os padrões já estabelecidos para o progresso social nas constituições, convenções, recomendações e resoluções da Organização Internacional do Trabalho, da Organização Educacional, Científica e Cultural das Nações Unidas, do Fundo da Criança das Nações Unidas e outras organizações afins;
- b) lembrando também a resolução 1921 (LVIII), de 06 de maio de 1975, do Conselho Econômico e Social, sobre prevenção da deficiência e reabilitação de pessoas deficientes, enfatizando que a Declaração sobre o Desenvolvimento e Progresso Social proclamou a necessidade de proteger os direitos e assegurar o bem-estar e reabilitação daqueles que estão em desvantagem física ou mental;
- c) tendo em vista a necessidade de prevenir deficiências físicas e mentais e de prestar assistência às pessoas deficientes para que elas possam desenvolver suas habilidades nos mais variados campos de atividades e para promover, o quanto possível, sua integração na vida normal;
- d) consciente de que determinados países, em seus atuais estágios de desenvolvimento, podem desempenhar apenas limitados esforços para este fim (BRASIL, 2010).

Neste documento pode-se visualizar o conceito aproximado de pessoas deficientes como sendo qualquer pessoa incapaz de assegurar, por si mesma, total ou parcialmente, as necessidades de uma vida individual ou social normal, em decorrência de deficiência, congênita ou não, em suas capacidades físicas ou mentais.

Ademais, registra a norma que as pessoas deficientes têm o direito inerente de respeito por sua dignidade humana, qualquer que seja a origem, natureza e grau de suas deficiências, tendo elas os mesmos direitos fundamentais que seus concidadãos, o que implica, antes de tudo, o direito de desfrutar de uma vida decente, tão normal e plena quanto possível. Não bastasse isto, foram sensíveis os legisladores para dispor que as pessoas deficientes devem ter direito a medidas que visem capacitá-las a tornarem-se tão autoconfiantes quanto possível.

A ONU, em 03.12.1982, elaborou o Programa de Ação Mundial para as Pessoas com Deficiência, que em seu parágrafo 12, especificando ainda mais o objetivo de construir condições de igualdade de oportunidades aos deficientes, diz:

A igualdade de oportunidades é o processo mediante o qual o sistema geral da sociedade - o meio físico e cultural, a habitação, o transporte, os serviços sociais e de saúde, as oportunidades de educação e de trabalho, a vida cultural e social, inclusive as instalações esportivas e de lazer - torna-se acessível a todos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1982).

A Constituição Federal de 1988, por sua vez, também em diversos dispositivos se ocupou da proteção destes sujeitos de direito, a saber:

(1) em seu art. 7º, XXXI, quando proíbe qualquer discriminação no tocante a salário e critério de admissão do trabalhador portador de deficiência;

(2) em seu art. 23, II, quando atribui às pessoas jurídicas de direito público interno cuidar da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência;

(3) em seu art. 24, XIV, quando determina a competência concorrente da União, Estados e Municípios em matéria de proteção e integração social das pessoas portadoras de deficiência;

(4) em seu art. 37, VII, quando assegura por lei a reserva de percentual dos cargos e empregos públicos para as pessoas portadoras de deficiência;

(5) em seu art. 203, IV, quando assegura assistência social aos necessitados, com habilitação e reabilitação das pessoas portadoras de deficiência e a promoção de sua integração à vida comunitária;

(6) em seu art. 203, V, quando garante um salário mínimo ao portador de deficiência que não pode prover sua manutenção;

(7) em seu art. 208, III, quando impõe ao Estado o dever de dar atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência;

(8) em seu art. 224, quando determina que por lei sejam adaptados logradouros, edifícios e transportes públicos às condições de utilização pelos deficientes;

(9) em seu art. 227, § 01, II, quando obriga a criação de programas de prevenção e atendimento especializado para aos deficientes, facilitando o acesso aos bens e serviços coletivos, com a eliminação de preconceitos e obstáculos arquitetônicos.

Em termos de legislação ordinária, tem-se a Lei n. 7.853, de 24.10.89, que dispõe sobre o apoio e integração social dos deficientes e institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos destas pessoas, definindo, ainda, crimes em relação à matéria, tais como a negação, sem justa causa, a alguém, por motivos derivados de sua deficiência, de emprego ou trabalho, assim como impedimento, sem justa causa, do acesso a qualquer cargo público, por idêntico motivo, estipulando pena de reclusão de um a quatro anos.

Na mesma direção vai a Lei n. 7.405, de 12.11.85, que dispôs sobre o Símbolo Internacional de Acesso para utilização por pessoas portadoras de deficiência, e a Lei nº 8.899, de 19.06.94, que concede passe livre aos portadores de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual.

Estados e Municípios, da mesma forma têm, no âmbito de suas competências, regulamentado vários destes direitos estabelecidos pela Constituição Federal e pelas Leis Ordinárias referidas.

No que tange às relações de trabalho, conta-se com a Lei n. 8.213/91, que introduziu reserva de mercado aos deficientes, obrigando as empregadoras reservar certo número de cargos em percentuais aos beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiências.

É sintomático que a referida Lei Federal n. 7.853/89 refira logo em seu art. 01, que na aplicação dos seus termos importa considerar os valores básicos da igualdade de tratamento

e oportunidade, da justiça social, do respeito à dignidade da pessoa humana, do bem-estar, e outros, indicados na Constituição ou justificados pelos princípios gerais do direito. Além disto, assevera que suas normas visam garantir às pessoas portadoras de deficiências as ações governamentais necessárias ao seu cumprimento, bem como o acatamento das disposições constitucionais e legais que lhes concernem.

Significa dizer, em outras palavras, que o Estado deve gerar políticas públicas de gestão dos interesses daquelas pessoas - demarcados normativa e faticamente -, com ações especiais ao seu desiderato (BRASIL, 1999).

Por tais razões é que o Decreto Federal n. 3.298/99, que regulamentou a Lei Federal n. 7.853/89, que dispôs sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, desde logo afirmou que cabe aos órgãos públicos assegurar à pessoa portadora de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos, inclusive dos direitos à educação, à saúde, ao trabalho, ao desporto, ao turismo, ao lazer, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à edificação pública, à habitação, à cultura, ao amparo à infância e à maternidade, e de outros que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciem seu bem-estar pessoal, social e econômico (BRASIL, 1999).

Aliado a isto, previu este dispositivo também os princípios informativos das políticas públicas voltadas à pessoa deficiente, a saber, dentre outros: o desenvolvimento de ação conjunta do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto sócio, econômico e cultural; o estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bem-estar pessoal, social e econômico.¹

Queremos sustentar aqui que estes universos de normas postas pelo sistema jurídico devem dialogar entre si, a partir da lógica que se insere naquilo que Wittgenstein (1984) denominou de jogo de linguagens, isto é, num conjunto que se constitui, em verdade, de ações coletivas que vão gerando enunciações que, fora de seus contextos, perdem substância e compreensão.

Significa dizer que as normas protetivas dos interesses de pessoas portadoras de deficiências formam de modo inseparável, discursos normativos e práticas políticas cotidianas, que precisam guardar coerência e pertinência em face dos contextos a que pertencem. Em outras palavras, tal postura implica a adoção e o reconhecimento de uma metodologia de interpretação e aplicação do direito de forma a evidenciar/denunciar seus compromissos fundamentais; significa criar um instrumental de operacionalização da norma jurídica e de sua concretude cotidiana, deixando

¹ Art. 5º, do mesmo diploma. O art. 6º, por sua vez, trata das Diretrizes das políticas públicas voltadas a estas pessoas, dizendo: Art. 6º São diretrizes da Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência: I - estabelecer mecanismos que acelerem e favoreçam a inclusão social da pessoa portadora de deficiência; II - adotar estratégias de articulação com órgãos e entidades públicos e privados, bem assim com organismos internacionais e estrangeiros para a implantação desta Política; III - incluir a pessoa portadora de deficiência, respeitadas as suas peculiaridades, em todas as iniciativas governamentais relacionadas à educação, à saúde, ao trabalho, à edificação pública, à previdência social, à assistência social, ao transporte, à habitação, à cultura, ao esporte e ao lazer; IV - viabilizar a participação da pessoa portadora de deficiência em todas as fases de implementação dessa Política, por intermédio de suas entidades representativas; V - ampliar as alternativas de inserção econômica da pessoa portadora de deficiência, proporcionando a ela qualificação profissional e incorporação no mercado de trabalho; e VI - garantir o efetivo atendimento das necessidades da pessoa portadora de deficiência, sem o cunho assistencialista.

de lado a concepção de que o conceito de sistema jurídico positivo se apresenta como um simples sistema de ideias despolitizado, articulado em nome da ciência e objetividade do ordenamento e da norma jurídica.

O que se busca, seguindo a doutrina de Lamego (1990, p. 39), é que o intérprete da lei não decodifica apenas um sistema de signos, mas interpreta um texto que é ao mesmo tempo contexto. Subjacente a este conjunto de ideias está a rejeição de uma concepção de linguagem com função meramente instrumental - a linguagem como signo ou mera forma simbólica- considerando-a, ao invés, como uma instituição social complexa, partindo do pressuposto de que as expressões têm sentido apenas no contexto dos distintos jogos de linguagem, complexos de discurso e de ação.

Até mesmo hermeneutas tradicionais como Dilthey (1987)² vão tomar como pressuposto fundamental que o texto/realidade a interpretar é a própria realidade, juntamente com o seu encadeamento no mundo dos homens, pois, antes da coerência de um texto, vem a da história, considerada pelo autor como um grande referencial identificador do indivíduo temporalizado e espacializado. Este homem, assim, não é um estranho para o seu semelhante, pois dá sinais de sua própria existência, perceptíveis e mesmo constituídos por seus pares, criando provas físicas e inteligíveis ao longo do seu processo de desenvolvimento: os sistemas culturais, a filosofia, a arte e a religião, e o Direito.

É preciso, então, interpretar os signos objetivados nestas estruturas sociais significadas/significantes.

Já mais contemporaneamente, em Gadamer (1997), a atividade de interpretação e atribuição de sentido é sempre realizada por um sujeito histórico que parte de condições espaciais e temporalmente dadas, contando também com estruturas prévias de pré-compreensão, significando que em todo o processo de compreensão há pressupostos ou pré-juízos - no sentido etimológico de juízos prévios - que viabilizam e constituem certa memória cultural presente em teorias, mitos, tradições, etc.³

Entende-se com isto que o sujeito que compreende não parte do zero, mas, ao contrário, conta com toda uma história que lhe caracteriza e mesmo o define como sujeito: a tradição.

Assim, Gadamer denuncia *el prejuicio de todo antiprejuicio. Los prejuicios o presupuestos son constitutivos de la realidad histórica del ser humano, son condiciones a priori de la comprensión, y la pretensión historicista y cientifista de eliminar todo prejuicio es, a su vez, un prejuicio, pero en el sentido de un falso prejuicio. Este afán por desembarazarse de todo prejuicio (que ya se halla en Descartes, que quería evitar toda precipitación y prevención, y que se desarrolla durante la Ilustración) pretendía una comprensión libre de presupuestos. Pero tal pretensión no es posible, y revela una concepción psicologista que pretende la posibilidad de una*

² Na contribuição de Dilthey (1987), por fim, se percebe que a compreensão de um determinado texto/realidade se institui a partir da compreensão de um outrem que aí se exprime, sendo este o momento em que se percebe o deslocamento do objeto da hermenêutica do sentido e da referência do texto para o plano de existência conjuntural e histórica que nele se encontra, notadamente a partir da subjetividade que o criou. Ver também o texto de Mengoni (1996, p. 59 e ss).

³ Entende-se, então, que, para o filósofo alemão as palavras não são algo que pertencem ao homem, mas sim à situação; elas não são meramente signos de que se possa apropriar; também não são algo existente que se possa modelar ou pelo qual se atribui significados, fazendo com o que o signo torne visível outra coisa, mas se afigura como a idealidade dos significados que reside nas palavras. As palavras já são, por conseguinte, sempre significativas.

comprensión basada en una coexistencia atemporal entre el intérprete y lo interpretado. Ante este psicologismo, Gadamer defiende una concepción ontológica basada en la temporalidad del ser de ambos polos: autor y intérprete. Por ello postula la necesidad de una distancia temporal en el proceso de la comprensión. Dicha distancia temporal es productora de sentido y es la que permite desembarazarse de los falsos prejuicios para permitir destacar aquellos otros prejuicios que ofrecen el camino de la comprensión (RIU, 1997).

Nesta perspectiva, a compreensão não se aloja fundamentalmente numa atividade subjetiva do intérprete, mas em sua entrada no processo da tradição, em que passado e presente se condicionam constantemente. Assim, a antecipação de sentido que abrange toda a tradição deveria levar a compreensão de que as próprias partes determinam o todo, e que ela deveria procurar não só seguir suas antecipações, mas consciencializar-se delas a fim de controlá-las e conseguir alcançar uma *compreensão correta das coisas* (GADAMER, 1997, p. 37).⁴

No âmbito específico da aplicação do sistema jurídico para solver problemas concretos e cotidianos - pela via jurisdicional -, pelo fato deles se apresentarem com um grau de complexidade ampliado pela fenomenologia do mundo da vida em que acontecem, é ingênua a pretensão de apreendê-los de forma exaustiva e perfeita a partir dos moldes fixados na norma jurídica (tão-somente), isto porque a relação entre norma e fato é tensa e conflituosa, não meramente subjetiva, como tem sido operado pela maior parte da jurisdição brasileira ao longo dos tempos. A dimensão sempre nova dos fatos, atos e negócios que se apresentam ao sistema jurídico (independentemente de suas fórmulas e códigos) não é meramente subjetiva ou idealista - porque parte unicamente da capacidade de compreensão do intérprete que a maneja -, mas é materialmente real, porque são no e com o mundo que os constituem e que é constituído por eles.⁵

Este universo de contingências e necessidades que marcam o fluxo das relações sociais, ratifica a importância das advertências de Gadamer, notadamente quanto aos cuidados em se interpretar as normas que regem o agir humano. Em face disto, a objetividade do processo de conhecimento/compreensão (*Sachlichkeit*) sugerida pelo autor alemão, funda-se no fato de que aquilo que se revela não constitui uma simples projeção da subjetividade do intérprete da norma, mas diz respeito a algo que atua sobre a sua compreensão quando se apresenta. O que significa dizer que a experiência - neste caso, a da interpretação e aplicação do direito - não se restringe a uma atividade do sujeito, mas se apresenta como uma atuação da própria situação (tradição e mundo da vida) sobre este sujeito, envolvendo-o sem muitas possibilidades de controle absoluto dos seus resultados.⁶

Na dicção do autor alemão,

[...] a compreensão somente alcança sua verdadeira possibilidade, quando as opiniões prévias, com as quais ela inicia, não são arbitrárias. Por isso faz sentido que o intérprete não se dirija aos textos diretamente, a partir da opinião prévia que

⁴ Significa dizer que a compreensão começa com algo que se nos dirige e que necessita, em princípio, da suspensão dos nossos preconceitos.

⁵ Ver neste sentido o trabalho de Streck (2003). O tema foi tratado no livro de Leal (2000).

⁶ Até porque muitas das forças que delimitam os condicionamentos culturais, morais e éticos dos agentes jurídicos, sequer são conscientes, fazendo parte de um habitus alienante e retificador de visões de mundo pré-constituídas. Neste ponto, ver o trabalho de Habermas (2002, pág. 67 e ss).

lhe subjaz, mas que examine tais opiniões quanto à sua legitimação, isto é, quanto à sua origem e validade. (GADAMER, 1997, p. 403).

E é da legitimidade das normas protetivas dos direitos das pessoas deficientes sob comento que se retira a força vinculante e a auto-aplicabilidade de suas disposições, eis que retratam luta histórica por reconhecimento e importância após décadas de esquecimento e mesmo exclusão social.

Em face disto, toda e qualquer ação interpretativa/aplicativa dos ordenamentos jurídicos atinentes à espécie não poderão perder de vista os objetivos e finalidades perseguidos no particular, dados pelas diretrizes, princípios e políticas públicas nacionais voltadas a estes sujeitos de direito.⁷

Queremos dizer, por fim, que se deve buscar sempre o desenvolvimento de ações conjuntas do Estado e da sociedade civil, de modo a assegurar a plena integração da pessoa portadora de deficiência no contexto socioeconômico e cultural; o estabelecimento de mecanismos e instrumentos legais e operacionais que assegurem às pessoas portadoras de deficiência o pleno exercício de seus direitos básicos que, decorrentes da Constituição e das leis, propiciam o seu bem-estar pessoal, social e econômico.

Traçadas estas premissas, passamos a enfrentar o caso da Lei Estadual nº. 6.185 de 01.11.1982, do Estado de Santa Catarina que definia, à época, pensão mensal no valor de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo ao portador de deficiência incapaz para o trabalho, materialmente não recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

3 A LEI N. 6.185 DE 01.11.1982 E SUAS ALTERAÇÕES

No Estado de Santa Catarina a pensão graciosa especial, devida aos excepcionais incapazes para o trabalho, foi instituída pela Lei n. 6.185, de 01.11.1982, nos seguintes termos:

Art. 01 - Fica instituída uma pensão mensal, no valor de 50% (cinquenta por cento) do salário mínimo regional, devida aos excepcionais definitivamente incapazes para o trabalho, cujos pais, tutores ou curadores, responsáveis pela sua criação, educação e proteção, residam no Estado e auferirem renda inferior a dois salários-mínimos regionais.

Supervenientemente à lei estadual, a Constituição da República, no que interessa, estabeleceu com matemática clareza:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: [...]; V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A despeito disso, ignorando a Lei Maior, a Lei estadual n. 7.702, de 22 de agosto de 1989, preferiu seguir o caminho da congênere precedente, como o seguinte enunciado:

⁷ Queremos emprestar a estes elementos normativos a compreensão de que representam conjuntos de dispositivos para além das regras jurídicas, pois veiculadoras de políticas, isto é, um tipo de norma cujo objetivo é o bem-estar geral da comunidade, no sentido do seu improvement (melhora) econômico, político e social. Esta ideia normativa remete a Dworkin (1996, n. 47), quando afirma que ela representa verdadeiro requisito de justiça ou equidade, ou ainda de alguma outra dimensão da moral.

Art. 01 Fica instituída uma pensão mensal no valor de 50% (cinquenta por cento) de um piso nacional de Salário ou Sucedâneo, devido aos excepcionais definitivamente incapazes para o trabalho, cujos pais, tutores ou curadores, responsáveis pela sua criação, educação e proteção, residam no Estado e auferem renda inferior de dois Pisos Nacionais de Salário.

Por sua vez, na Constituição Estadual, promulgada em 05.10.1989, a matéria foi - e não poderia ser de modo diverso - tratada em simetria com a Carta Federal, a saber:

Art. 157 - O Estado prestará, em cooperação com a União e com os municípios, assistência social a quem dela necessitar, objetivando: [...]; V - a garantia de um salário mínimo à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, observada a lei federal sobre critérios de concessão e custeio.

O legislador local ao editar a Lei Complementar Estadual n. 322, de 02.03.2006, insistiu em ignorar olímpicamente os textos constitucionais, nos seguintes termos:

Art. 3º O valor mensal das pensões instituídas pelas Leis n. 3.389, de 27 de dezembro de 1963, n. 3.482, de 24 de julho de 1964, e pelo art. 01 da Lei n. 6.185, de 01 de novembro de 1982, modificado pelo art. 01 da Lei n. 7.702, de 22 de agosto de 1989, bem como do auxílio aos ex-combatentes amparados pela Lei n. 6.738, de 16 de dezembro de 1985, alterada pela Lei n. 1.136, de 21 de agosto de 1992, fica estabelecido em R\$ 248,30 (duzentos e quarenta e oito reais e trinta centavos), sendo reajustado quando ocorrer revisão geral do vencimento dos servidores públicos estaduais.

A Lei Complementar Estadual n. 421, de 05.08.2008, fez a seguinte alteração:

Art. 8º - O art. 01 da Lei n. 7.702, de 22 de agosto de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 01 - Fica instituída pensão mensal no valor previsto no art. 3º da Lei Complementar n. 322, de 02 de março de 2006, devida aos portadores de deficiência mental severa, definitivamente incapazes para o trabalho, cujos pais, tutores ou curadores, responsáveis pela sua criação, educação e proteção, que residam no Estado há pelo menos dois anos e auferem renda inferior ao valor de dois salários mínimos ou sucedâneo.

§ 01 Em decorrência de dificuldades técnicas em caracterizar o grau de deficiência, os portadores de deficiência mental com idade inferior a quatro anos poderão ser contemplados pela pensão referida neste artigo.

§ 2º O benefício de que trata o caput deste artigo deverá ser regulamentado no prazo de noventa dias após a publicação desta Lei.

Por fim, foi promulgada a Lei n. 15.163/2010, que fixou o valor mensal da pensão especial prevista no art. 01 da Lei n. 6.185/82, modificado pelo art. 01 da Lei n. 7.702/89, em R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais):

Art. 01. O valor mensal das pensões instituídas pelas Leis n. 3.389, de 18 de dezembro de 1963, n. 3.482, de 24 de julho de 1964, e pelo art. 01 da Lei n. 6.185, de 01 de novembro de 1982, modificado pelo art. 01 da Lei n. 7.702, de 22 de agosto de 1989, bem como do auxílio aos ex-combatentes amparados pela Lei n. 6.738, de 16 de dezembro de 1985, alterada pela Lei n. 1.136, de 21 de agosto de 1992, fica estabelecido em R\$ 510,00 (quinhentos e dez reais), sendo reajustado quando ocorrer revisão geral do vencimento dos servidores públicos estaduais.

Após esta alteração, somente no ano de 2013 o estado de Santa Catarina promulgou nova lei alterando os parâmetros anteriores.

Esta última alteração se deu em 24.07.2013, quando foi sancionada a Lei n. 16.063, publicada no DO n. 19.624 de 25.07.2013, cujo texto prevê a concessão de pensão especial mensal aos portadores de hanseníase, egressos do Hospital Santa Tereza e incapacitados para o trabalho; as pessoas portadoras de deficiência mental severa, definitivamente incapazes para o trabalho e aos portadores de epidermólise bolhosa, definitivamente incapazes para o trabalho.

4 O ENTENDIMENTO JUDICIAL

Por meio de decretos estaduais, desde o ano de 1982, o Estado de Santa Catarina concedeu, através de Decretos, pensões graciosas beneficiando diversos portadores de deficiência mental severa.

Esta matéria tem gerado várias ações judiciais discutindo, em síntese, o dever do Estado de Santa Catarina de equiparar o valor das pensões pagas aos deficientes ao valor do salário mínimo nacional, bem como pagar as diferenças não pagas desde a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Em casos de normas infraconstitucionais produzidas antes da nova Constituição, incompatíveis com as novas regras, não se observará qualquer situação de inconstitucionalidade, mas, apenas, de revogação da lei anterior pela nova Constituição, por falta de recepção.

No caso da lei n. 6.185/82 inadmite-se a realização de controle de constitucionalidade via ação direta de inconstitucionalidade genérica, por falta de previsão no art. 102, I, z da CF/88, permitindo-se, apenas, a possibilidade de se alegar que a norma não foi recepcionada. Por tratar-se de lei pré-constitucional, o único juízo admissível quanto a ela consiste em reconhecer-lhe, ou não, a compatibilidade material com a ordem constitucional superveniente, formulando um juízo de mera revogação (em caso de conflito hierárquico com a nova Constituição) ou de recepção (na hipótese de conformidade material com a Carta Política).

Neste sentido os votos do Ministro Celso de Mello - RTJ 145/139 e do Ministro Relator Paulo Brossard - RTJ 169/763, esse entendimento nada mais reflete senão orientação jurisprudencial consagrada nesta Suprema Corte, no sentido de que a incompatibilidade vertical de atos estatais examinados em face da superveniência de um novo ordenamento constitucional “[...] traduz hipótese de pura e simples revogação dessas espécies jurídicas, posto que lhe são hierarquicamente inferiores.”

A jurisprudência da Corte Catarinense firmou entendimento - e não poderia ser diferente -, de que o valor da pensão especial devida à pessoa deficiente e hipossuficiente não deve ser inferior ao salário mínimo, por força de indisputável previsão constitucional, que, mesmo que implicitamente, emitiu um juízo negativo de recepção da Lei n. 6.185/82 diante da normatização trazida pelas novas Cartas Políticas, o que, logicamente, tornou insubsistente as alterações trazidas pela Lei n. 7.702/89 e pela Lei Complementar n. 322/06.

Ratificando esse entendimento, podemos observar:

ADMINISTRATIVO E CONSTITUCIONAL - PENSÃO A PORTADOR DE NECESSIDADES ESPECIAIS - VALOR NÃO INFERIOR AO SALÁRIO MÍNIMO NACIONALMENTE UNIFICADO - GARANTIA CONSTITUCIONAL

1 Consoante a previsão do art. 157, inc. V, da Constituição do Estado de Santa Catarina, cumpre ao Estado prestar assistência, por meio da concessão de um sa-

lário mínimo mensal, a deficiente que comprove não possuir meios para prover ou ter provida sua manutenção, nos termos da Lei n. 6.185/82, alterada pela Lei n. 7.702/89, regulamentadas pelo Decreto 830/91.

2 No confronto entre o valor estabelecido na Constituição Estadual e o indicado em normas infraconstitucionais, deve, a toda evidência, prevalecer aquele. (BRASIL, 2009).

APELAÇÃO CÍVEL - AÇÃO DE BENEFÍCIO ESTADUAL - PENSÃO GRACIOSA - PEDIDO DE MAJORAÇÃO PARA UM SALÁRIO MÍNIMO - POSSIBILIDADE - INTELIGÊNCIA DO ART. 203, IV E V, DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA C/C ARTIGO 157, V, DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL - COMPETÊNCIA CONCORRENTE - MANUTENÇÃO DA SENTENÇA - RECURSO DESPROVIDO.

Cabe ao Estado de Santa Catarina complementar o benefício devido ao autor portador de necessidades especiais para atingir o montante de 1 salário mínimo, a contar da promulgação da Constituição do Estado de Santa Catarina, por se tratar de um direito constitucionalmente assegurado, fundamentado no princípio da dignidade da pessoa humana. (BRASIL, 2008).

A assistência social, nos termos constitucionais, será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição, pois não apresenta natureza de seguro social, sendo realizada com recursos do orçamento da seguridade social, previsto no art. 195, além de outras fontes, e organizada com base na descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como a entidades beneficentes e de assistência social; e na participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

A finalidade da assistência social, portanto, é a redução, e se possível, apesar de aparente utopia, eliminação da pobreza e da marginalização social, coadunando-se com os objetivos da República Federativa previstos no art. 3º, incisos I (construir uma sociedade livre, justa e solidária), e III (erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais) (MORAES, 2005, p. 2078).

Do relatório da Apelação Cível n. 2015.017295-0, da Capital, cujo Relator foi o Desembargador Jaime Ramos, extrai-se que a procedência do pedido não afronta nenhum dispositivo constitucional, especialmente o princípio da indissolubilidade do vínculo federativo (art. 01); da separação dos poderes (art. 2º); da legalidade (art. 5º, caput e art. 37, caput); da iniciativa das leis que implicam em aumento de despesas ao erário (art. 61, § 01, inciso II, a); da necessidade de prévia contribuição previdenciária (arts. 40, caput, § 6º, e 201 e § 5º); da autonomia do Estado-membro (art. 18); da vinculação da pensão especial ao salário-mínimo (art. 7º, inciso IV), porque, como já visto, o art. 23, inciso II, da Constituição Federal estabelece que é de competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios cuidar da saúde e assistência pública, da proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência, e há expressa previsão Constitucional (art. 203, incisos IV e V, da CF/1988, e art. 157, inciso V, CE/1989) garantindo a percepção de um salário mínimo ao hipossuficiente portador de deficiência física ou mental, independentemente de contribuição à previdenciária social.

O que se faz neste momento é a adequação das Leis Estaduais n. 6.185/82, n. 7.708/89, da Lei Complementar Estadual n. 322/06, da Lei Complementar n. 421/08 e da Lei n. 15.163/10 aos textos constitucionais, para que se compatibilizem com eles.

Outro processo judicial, após ter sido julgado em primeiro e segundo grau junto ao Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina, chegou ao STF por meio do Recurso Extraordinário com Agravo n. 810.826 Santa Catarina (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2014).

No voto, o Ministro Luiz Fux (relator) destaca trecho do acórdão proferido pelo Tribunal Estadual donde se extrai que

Apesar da Lei Estadual n. 6.185/82, com as modificações conferidas pela Lei Estadual n. 7.702/89, determinar o pagamento da pensão aos excepcionais no valor de 50% do salário mínimo, a superveniente edição do art. 157, inc. V, da Constituição Estadual, que, inclusive, encontra-se em consonância com o estatuído na Constituição da República (art. 203, IV e V), faz com que os benefícios relativos à assistência social sejam pagos com base no valor do salário mínimo, uma vez que tal teto constitui padrão remuneratório necessário à subsistência do respectivo beneficiário. (SANTA CATARINA, 2006).

As obrigações que decorrem de normas constitucionais instituidoras de direitos básicos tem por sujeito passivo o Estado, e possuem a chamada eficácia vertical. Esses direitos dividem-se em três gerações (há autores que defendem a existência de uma 4ª geração):

(1) direitos de primeira geração - são aqueles conquistados pela humanidade ao longo dos tempos e que impõem ao Estado obrigações de não-fazer;

(2) direitos de segunda geração - são os direitos sociais, assim entendidos como aqueles que abraçam os grupos sociais menos favorecidos, impõem ao Estado uma obrigação de fazer (direitos positivos: saúde, educação, moradia, segurança pública, alimentação...); e

(3) direitos de terceira geração - são os direitos transindividuais - difusos e coletivos.

A pensão especial paga pelo Estado de Santa Catarina aos incapazes para o trabalho, por decorrência de deficiência mental (caso do ARE n. 810826/SC) encontra-se nos direitos de segunda geração.

É obrigação de fazer do Estado, propiciar a essas pessoas (e suas famílias) condições mínimas de vida, posto sua condição especial que em sua grande maioria impede que os genitores (ao menos um deles) possa exercer atividade profissional, pois tais pessoas dependem de atenção e cuidados constantes.

Ao efetuar o pagamento da pensão especial no patamar de meio salário mínimo, o Estado agiu de modo insuficiente, desproporcional ao real custo de vida dessas famílias.

Nas palavras de Sarlet (2003),⁸ o princípio da proporcionalidade quer significar que o Estado não deve agir com demasia, tampouco de modo insuficiente na consecução de seus objetivos.

Os direitos fundamentais podem ser traduzidos como proibição de proteção ineficiente, posto que a sua aplicação de forma deficiente gera ao tutelado danos tão irreparáveis quanto sua ausência.

⁸ O texto refere-se a questões penais, porém, a frase extraída do pensamento original do autor, representa a proporcionalidade que o Estado deve primar em todas as suas áreas, por isso utilizada.

Sendo dever do Estado a efetivação dos direitos fundamentais básicos em atenção à dignidade da pessoa humana, assim não poderia ser diferente para com os deficientes mentais, posto que, nas palavras de Sarlet (2005, p. 21-22),

[...] à luz do que dispõe a Declaração Universal da ONU, bem como considerando os entendimentos colacionados em caráter exemplificativo, verifica-se que o elemento nuclear da noção de dignidade da pessoa humana parece continuar sendo reconduzido - e a doutrina majoritária conforta essa conclusão - primordialmente à matriz kantiana, concentrando-se, portanto, na autonomia e no direito de autodeterminação da pessoa (de cada pessoa). Importa, contudo, ter presente a circunstância de que esta liberdade (autonomia) é considerada em abstrato, como sendo a capacidade potencial que cada ser humano tem de autodeterminar sua conduta, não dependendo da sua efetiva realização no caso da pessoa em concreto, de tal sorte que também o absolutamente incapaz (por exemplo, o portador de grave deficiência mental) possui exatamente a mesma dignidade que qualquer outro ser humano física e mentalmente capaz [...]

SPECIAL PENSION PAID BY THE STATE OF SANTA CATARINA FOR THE DISABLED

ABSTRACT

The UN General Assembly since 1975 recognizes the rights of disabled people and the protection of these through the Universal Declaration of the Rights of Disabled Persons.

So too did the Brazilian State to ensure in various provisions of the Federal Constitution of 1998 and protection of these rights. On 11.01.1982 the then governor of the State of Santa Catarina enacted Law n. 6185 guaranteeing disabled unable to work, a monthly pension worth half a regional minimum wage. Since the enactment of state law by mid-year 2013 the amounts paid by the State of Santa Catarina as a special board established by Law n. 6185/82 took place insufficiently, confronting both the State Constitution of the State of Santa Catarina, as the Federal Constitution of 1988. In this article, there is the guarantee provided for in the Constitution - art. 203, V - of a national minimum wage to disabled people who cannot provide for their maintenance.

Keywords: Deficient. Special pension. Government of the State of Santa Catarina. Fundamental guarantees.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto n. 3.298, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 21 dez. 1999. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3298.htm>. Acesso em: 20 jun. 2010.

BRASIL. Ministério da Educação. *Declaração dos direitos das pessoas deficientes*. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/seesp/arquivos/pdf/dec_def.pdf>. Acesso em: 20 jun. 2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2007.046560-9. Relator: Des. Anselmo Cerello. Julgamento em: 06 fev. 2008. *JusBrasil*, Florianópolis, 08 fev. 2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça. Apelação Cível n. 2009.020937-5. Relator: Desembargador Luiz César Medeiros. Julgamento em: 13 ago 2009. *JusBrasil*, Florianópolis, 15 ago. 2009.

- DILTHEY, Wilhelm. *Introduction to the Human Sciences: An Attempt to Lay a Foundation for the Study of Society and History*. Detroit: *Wayne State University Press*, 1987.
- DWORKIN, Ronald. *Freedom's law - the moral reading of the American constitution*. Cambridge, Massachusetts: *Harvard University Press*, 1996.
- GADAMER, Hans-Georg. *El giro hermenéutico*. Madrid: Catedra, 1997.
- GADAMER, Hans-Georg. *Verdade e Método*. Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- HABERMAS, Jürgen. *Escritos sobre moralidad y eticidad*. México: Paidós, 2002.
- LAMEGO, José. *Hermenêutica e jurisprudência: análise de uma recepção*. Lisboa: Fragmentos, 1990.
- LEAL, Rogério Gesta. *Hermenêutica e Direito: considerações sobre a Teoria do Direito e os Operadores Jurídicos*. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2000.
- MENGGONI, Luigi. *Ermeneutica e Dogmatica Giuridica*. Milano: Giuffrè, 1996.
- MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Programa de ação mundial para as pessoas com deficiência. 1982. Disponível em: <<http://www.todosnos.unicamp.br:8080/lab/legislacao/legislacao-internacional/PROGRAMA%20DE%20ACAO%20MUNDIAL%20PARA%20AS%20PESSOAS%20COM%20DEFICIECIA.doc/view>>. Acesso em: 20 jun. 2010.
- RIU, Antoni Martinez. *Diccionario de Filosofia*. Madrid: Herder, 1997.
- SANTA CATARINA (Estado). Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança n. 2005.031908-3. Relator: Desembargador Nicanor da Silveira. Julgamento em: 18 jul. 2006. JusBrasil, Florianópolis, 20 jul. 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Constituição e Proporcionalidade. *Revista de Estudos Criminais*, Porto Alegre, v. 3, n. 12, 2003.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- STRECK, Lênio Luis. *Hermenêutica Jurídica em Crise*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. ARE 810826 - Recurso Extraordinário com Agravo. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento em: 10 dez. 2014. Brasília, DF, 17 dez. 2014. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?numero=810826&classe=ARE-AgR&codigoClasse=0&origem=JUR&recurso=0&tipoJulgamento=M>>. Acesso em: 20 jun. 2015.
- WITTGENSTEIN, Ludwig. *Investigações Filosóficas*. São Paulo: Abril Cultura, 1984.

O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA RECEBIDO PELO DEFICIENTE E SEU CÔMPUTO PARA FINS DE DEFINIÇÃO DA RENDA *PER CAPITA* DO GRUPO FAMILIAR: O NÃO RESPEITO AO PRINCÍPIO DA IGUALDADE DIANTE DAS PREVISÕES DOS PARÁGRAFOS ÚNICOS DOS ARTIGOS 34 DO ESTATUTO DO IDOSO E DO ARTIGO 19 DO DECRETO N. 6.214/07

Robison Tramontina*
Alexandra Vanessa Klein Perico**

RESUMO

O presente artigo tem como objetivo discorrer sobre a Assistência Social que integra o tripé do Sistema da Seguridade Social, mais especificamente no que atine ao Benefício de Prestação Continuada (BPC). Como problema-chave, visa analisar o critério de desigualdade estabelecido na formulação da renda per capita para fruição do referido benefício, diante de benesse formulada pelo Estatuto do Idoso, em seu artigo 34, parágrafo único. A concessão do benefício assistencial pressupõe a cumulação de requisitos objetivos, dentre os quais menciona-se que são destinatários a pessoa idosa, com mais de 65 anos de idade, e o deficiente, que, não amparados pela Previdência Social, não podem prover sua subsistência nem tê-la provida pela família, somado ao fato de que a renda per capita de cada componente do grupo familiar deve ser inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente. Preenchidos os requisitos formais, o idoso ou o deficiente, farão jus a um salário mínimo mensal, que não está sujeito a qualquer desconto, sendo proibida a cumulação com qualquer outro benefício da Seguridade Social ou de órgão público, salvo a assistência médica. O problema ora suscitado surge na elaboração da renda per capita, uma vez que, o indivíduo com mais de 65 anos de idade que requisitar a concessão do Benefício de Prestação Continuada, não terá somado, para fins da composição da renda do grupo familiar, eventual benefício concedido a outro membro da família. Tal previsão é exclusiva à pessoa idosa, colocando em prejuízo requerimento formulado por pessoa deficiente, que terá somado, na formulação da renda per capita do seu grupo familiar, eventual benefício recebido por outro integrante, violando o direito à igualdade e da dignidade da pessoa humana. Conclui-se que tanto o deficiente quanto o idoso, estão em iguais condições de vulnerabilidade e que a norma mais benéfica, qual seja, o Estatuto do Idoso, deve ser aplicada por analogia na formulação do critério de renda do grupo familiar, independentemente do solicitante do Benefício de Prestação Continuada.

Palavras-chave: Assistência social. Benefício de prestação continuada. Deficiente. Idoso. Seguridade social.

* Doutor em Filosofia pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direitos Fundamentais da Universidade do Oeste de Santa Catarina; robison.tramontina@unoesc.edu.br

** Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó, na área de concentração em Dimensões materiais e eficacias dos Direitos Fundamentais, na linha de pesquisa de Direitos Fundamentais sociais: relações de trabalho e seguridade social; Especialista em Direito e Processo do Trabalho Contemporâneo pela Universidade de Passo Fundo e Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; alexandra.perico@unoesc.edu.br

1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A proteção social alcançou desenvolvimento por intermédio de sucessivas alterações legislativas que ampliaram o alcance e a abrangência do amparo destinado ao homem. Para tanto, serão apresentados tópicos históricos sobre o tema que evoluiu até o conceito de Seguridade Social, onde está inserida a Assistência Social, objeto do presente artigo.

É na Assistência Social que se encontra a previsão do Benefício de Prestação Continuada (BPC), que se destina a proteção de pessoas idosas com mais de 65 anos de idade e aos deficientes, desde que preenchidos critérios objetivos, que serão discutidos oportunamente.

2 DOS PRIMÓDIOS DA PROTEÇÃO SOCIAL AO MODELO DE SEGURIDADE SOCIAL

“A justiça social é, para os membros da sociedade, a vontade de entregar a essa sociedade o que a ela é devido; em troca, compete a essa sociedade ou o Estado exigir do cidadão essa entrega. Nada que o Estado reclame do cidadão pode ser pedido Senão com base na Justiça Social. De outro modo, estaria o Estado exigindo o que não lhe é devido.”
Joseph Delos

Pode-se afirmar que as medidas de assistência¹ surgem com as questões sociais enfrentadas ao longo dos anos, como denúncias dos desequilíbrios sociais geradores de inseguranças (GONÇALVES, 2008).

A evolução histórica da proteção social, para Oliveira (2005, p. 19), “[...] teve seu marco inicial na assistência mútua familiar. Pais, cônjuges, irmãos e filhos providenciavam auxílio para aqueles componentes da família que não tinham mais condições para trabalhar.” Assim, foi a célula mater do Estado que, primitivamente, protegeu os necessitados.

Martins (2002) salienta a despeito da família romana, cuja característica do pater familias, incluía a obrigação de prestar assistência aos servos e clientes, mediante contribuição de seus membros, no fito de ajudar os mais necessitados. Já no ano de 1601, é editada, na Inglaterra, a Poor Relief Act (Lei de amparo aos pobres), prevendo contribuição obrigatória para fins sociais e conferindo aos juízes o poder de lançar um imposto de caridade, que seria pago por ocupantes e usuários de terras. A lei dos pobres é tida como marco do assistencialismo mundial.

Foi com o incremento das relações de trabalho que as pessoas passaram a se reunir de forma voluntária, contribuindo com valores para os chamados fundos de reserva ou mútuo. Assim, todos componentes poderiam acessar um benefício em caso de incapacidade para trabalhar, por exemplo (OLIVEIRA, 2005).

¹ Deve-se diferenciar os termos “assistência” de “assistencialismo” e de “assistência social”. Segundo Collin e Fowler (1999, p. 12-14): “A assistência abrange todas as formas de amparo social, seja por meio de auxílios, subsídios, apoio, orientação, socorro ou intervenção. Assistencialismo é entendido como a prática de assistência através de benesses, de favores, de doações caridosas. Já a Assistência Social é definida pelo Estado em benefício dos membros da comunidade social, atendendo às necessidades públicas.”

Na Alemanha, Otto Von Bismarck instituiu seguros sociais com o propósito de amenizar tensões provenientes das classes trabalhadoras. Assim, em 1883, cria-se o seguro-doença, em 1884 o seguro contra acidentes de trabalho e, em 1889, o seguro de invalidez e velhice (MARTINS, 2002).

Há que se mencionar que o inovador sistema de proteção social alemão estabelecia que as contribuições deveriam ser feitas pelos empregados-beneficiários e também pelos empregadores. Já ao Estado cabia a tarefa de administrar os valores e o pagamento dos benefícios. Assim, resta evidente que as normas introduzidas por Bismarck constituem o paradigma para o sistema do seguro social, com o objetivo de impedir movimentos socialistas fortalecidos com a crise industrial, só vindo a findar quando da Primeira Guerra Mundial (OLIVEIRA, 2005).

Não se pode esquecer de mencionar a Igreja católica e a Encíclica Rerum Novarum, de Leão XIII, em 1891, que possuía caráter filosófico e ideias de solidarismo, por intermédio da instituição de um sistema de pecúlio para o trabalhador, advindo de uma parte economizada do salário (MARTINS, 2002).

Destacam-se ainda outros documentos como o Workmen's Compensation Act, que criou, em 1897, na Inglaterra, o seguro obrigatório contra acidentes de trabalho e o Old Age Pensions Act, de 1908, que concedeu pensões aos maiores de setenta anos de idade, independentemente de contribuição (MARTINS, 2002).

No entanto, a primeira Constituição do mundo que incluiu o seguro social foi a do México, de 1917, que previa, em seu artigo 123, assuntos inéditos como a limitação da jornada de trabalho para 8 horas diárias, a proteção do trabalho de menores de 12 anos, a limitação de 6 horas diárias para os menores de 16 anos, a limitação de 7 horas de jornada de trabalho noturno, o descanso semanal, o salário mínimo, a igualdade salarial, o direito de greve, e outros institutos inovadores. Em seguida, surge a Constituição de Weimar, de 1919, que atribuiu ao Estado o encargo de prover subsistência do cidadão que não possuísse oportunidade de prover sua vida pelo trabalho (ALMEIDA, 2011).

Ainda em 1919, tem-se a criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT), que aprovou várias convenções que tratam do tema ora abordado, como por exemplo a de número doze, sobre acidentes de trabalho na agricultura e a de número dezessete, que dispõe sobre a indenização por acidente do trabalho, dentre outras.² (OLIVEIRA, 2005).

Mister, neste espaço cronológico de compreensão da Assistência Social, citar o New Deal, instituído nos Estados Unidos por Roosevelt, com a doutrina do Estado do bem-estar social, visando lutar contra a miséria e combater o desemprego. Ainda, o Plano Beveridge, do inglês Lord Beveridge que, 1942, criou um sistema de proteção para todas as pessoas, independentemente de contribuições, nominado como Welfare State, cuja participação do Estado era ativa e voltada à assistência social, a saúde e a previdência (COIMBRA, 2001). Em 1948, a Declaração Universal dos Direitos do Homem insere a proteção previdenciária determinando, em seu artigo 85, que todo homem tem direito aos serviços sociais indispensáveis, bem como à seguridade no caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez e velhice.

Para Coimbra (2001, p. 37), “[...] a evolução do amparo social fez-se, pois, lenta e penosamente, ganhando impulso à medida que se processavam alterações na mentalidade social.”

² Sobre o tema também pode-se mencionar as convenções 24, 35, 37, 38, 39, 40, 123, 128, 130 e 134 da OIT.

3 A SEGURIDADE SOCIAL NO BRASIL: PRECEDENTES LEGISLATIVOS E A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 - DA BENEMERÊNCIA À POLÍTICA SOCIAL

A seguridade social brasileira nasce da concepção de proteção colocada como caridade, ajuda, favor (GOMES, 2002, p. 41). Em outras palavras, pode-se afirmar que ela surge como medida de ajuda nas dificuldades e privações e não como uma responsabilidade social do Estado.

Neste sentido, Povoas (2000, p. 210):

O espírito assistencialista já nasceu no Brasil desde a chegada dos primeiros colonos, na medida em que, a descoberta do Brasil foi contemporânea da reforma da administração central levada a cabo em Portugal no fim do século XV, onde no campo das instituições, as misericórdias, da inspiração e da determinação da Rainha D. Leonor, que instituíra a primeira - Misericórdia de Lisboa - em 15 de agosto de 1518, se tinha identificado de tal forma como o desejo do povo, que foram tomadas como os grandes instrumentos de sua proteção, não admirando portanto, que os primeiros colonos, alguns dos quais tinham assistido à constituição da primeira misericórdia, abandonados à sua sorte, e trazendo na alma a mensagem de conforto moral e assistencial que sabiam que as misericórdias lhe poderiam dar, pois a primeira instituição assistencial brasileira, que foi a Santa Casa de Misericórdia de Santos, fundada em 1543.

Aos poucos se vai institucionalizando pelo Estado, por meio de práticas descontínuas e desarticuladas, com financiamento incerto e sob o comando de um modelo político de socorro e ajuda, o que Yazbek (1995, p. 35) nominou como “[...] políticas casuísticas, inoperantes, fragmentadas, sem regras estáveis ou reconhecimento de direitos.”

De acordo com Gonçalves (2008, p. 3), o marco legislativo brasileiro é o Decreto Legislativo número 4.682, de 1923, que determinava a “[...] criação de caixas de aposentadorias e pensões para os ferroviários”, com o objetivo de amparar tais trabalhadores contra riscos de saúde, velhice, invalidez ou morte. A partir da década de 30, criam-se os Institutos de Aposentadorias e Pensões, autarquias federais que congregavam trabalhadores de determinadas categorias.

Em 1934, a Constituição do Brasil menciona, na alínea c, do inciso XIX, do artigo 5º, a competência para a União fixar regras de assistência social, estabelecendo ainda a forma tríplice de custeio, ou seja, ao ente público, ao empregado e ao empregador, conforme seu artigo 121, § 1º, h.

Complementando, Coimbra (2001, p. 37) menciona:

Na Constituição de 1934 já se espelhava a evolução universal em favor da solidariedade social. O diploma constitucional tratava do trabalhador, para deferir-lhe proteção social, prescrevendo em seu art. 121 que o legislador deveria editar medidas que garantissem: assistência médica ao trabalhador e à gestante, descanso para esta antes e após o parto, e previdência social, mediante contribuição do empregador, do trabalhador e da União, em favor da velhice, da maternidade e nos casos de acidentes de trabalho e de morte. Pela primeira vez o texto constitucional inscrevia o amparo social como obrigação do Estado.

Já em 1960 é editada a Lei Orgânica da Previdência Social (LOPS - Lei n. 3.807) que unificou os institutos de aposentadorias e pensões, igualando a proteção previdenciária dos traba-

lhadores das mais distintas categorias e em 1967 cria-se o Instituto Nacional de Previdência Social (INPS), Autarquia Federal que completava a unificação da LOPS. Em 1977 surge o Sistema Nacional de Previdência e Assistência Social (SINPAS), precursor do atual modelo de seguridade social, que reuniu órgãos públicos como o INPS, o IAPAS (Instituto de administração financeira e gestão patrimonial), a assistência social e os serviços de saúde prestados pelo INAMPS (Instituto Nacional de Assistência Médica da Previdência Social) (GONÇALVES, 2008).

Em 1990 é criado o Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), autarquia federal resultante da fusão do INPS e do IAPAS, que atualmente administra o Regime Geral da Previdência Social. Este sistema foi originariamente criado pela Carta Política de 1988 e alterado pelas Emendas Constitucionais 20/98 e 41/03. Assim, Martins (2002) destaca que a Previdência Social, a Assistência Social e a Saúde passaram a fazer parte do gênero Seguridade Social, conforme previsão do artigo 194, da CF/88 in verbis: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.”

Desta forma, “[...] o processo de democratização (ou de redemocratização, como é o caso brasileiro) implica em resgate da dignidade da cidadania, principalmente daquelas categorias de cidadãos que outrora eram tratados juridicamente com injustiça ou marginalização.” (ALMEIDA, 2011, p. 58).

Pode-se concluir que com a Constituição de 1988, a seguridade social, e especialmente a assistência social, ganham relevância na medida em que perdem a conotação de instrumentos de caridade, constituindo-se como medidas de efetivação dos direitos sociais (GOMES, 2002).

Em outras palavras, é a desvinculação da assistência social, antes posta como prática filantrópica e de benemerência, para uma política de proteção social, que integra o sistema de seguridade social, que passa a ter sentido no contexto do bem-estar e da justiça social, como “[...] instrumento que visa a efetivação dos direitos sociais por meio de serviços prestados em favor daqueles que sem tal assistência não conseguiriam acesso a eles.” (MARQUES, 2009, p. 35).

4 A SEGURIDADE SOCIAL NA CONSTITUIÇÃO DE 1988 E A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL DE SEGUNDA DIMENSÃO

Para Oliveira (2005, p. 28), seguridade social é “o conjunto de princípios, institutos e normas públicas destinadas à proteção dos membros da sociedade nas áreas da saúde, assistência e previdência social”. Oportuno citar que o Direito da Seguridade Social tem inúmeras regras, sendo que a maioria está contida nas Leis 8.212/91 e 8.213/91 e suas alterações, bem como decretos expedidos pelo Poder Executivo, além de portarias, instruções normativas e circulares.

Ainda a despeito da ideia conceitual de Seguridade Social, Martins (2002, p. 43) elucida que “[...] a ideia essencial da Seguridade Social é dar aos indivíduos e a suas famílias, tranquilidade no sentido de que, na ocorrência de uma contingência (invalidez, morte, etc.) a qualidade de vida não seja significativamente diminuída [...]”

Algumas críticas são feitas ao artigo 194 da CF/88, a guisa de exemplo, Almeida (2011, p. 56) leciona que o conceito de seguridade social dá “[...] ênfase aos fins visados, abstraindo-se dos meios utilizados para a sua realização, pecando pela imperfeição de não esclarecer quais são os destinatários dos direitos que assegura.”

Na verdade, os destinatários estão especificados na Seção I, Capítulo II (Da Seguridade Social), do Título VIII (Da Ordem Social), da Constituição Federal de 1988, a mencionar: a) populações urbanas e rurais; b) comunidade, trabalhadores, empresários e aposentados; c) produtor, parceiro, meeiro e arrendatários rurais, o garimpeiro e o pescador artesanal e os respectivos cônjuges, que exerçam suas atividades em regime de economia familiar, sem empregados permanentes.

Já, de acordo com o artigo 196 da Carta Magna de 88, os beneficiados da área da saúde são “todos” os cidadãos e os da assistência social, de acordo com o artigo 203 do mesmo texto, “[...] a quem dela precisar”, notadamente crianças e adolescentes carentes e as pessoas idosas ou portadoras de deficiência, que comprovem não possuir meios de prover a sua subsistência.

Há que se pautar que a Seguridade Social se justifica na valoração da consagração universal dos direitos, sob o ponto de vista de serem as pessoas dotadas, intrinsecamente, de igual dignidade e merecedoras de igual respeito. E mais, a Constituição da República qualifica o Estado brasileiro como Estado Democrático de Direito (artigo 1º), que, por intermédio de princípios, da divisão de poderes, da garantia dos direitos individuais, da subordinação da Administração à lei e o controle dos atos pelo Judiciário, impõe limites jurídicos, concebendo os direitos humanos como valores preexistentes ao pacto social (TAVARES, 2003).

Acrescente-se oportunamente, que o Estado brasileiro, ainda que implicitamente, caracteriza-se por um Estado Social, que incrementa pretensões de prestações estatais de direitos fundamentais. Nas palavras de Tavares (2003, p. 140): “A República Federativa do Brasil é um Estado que se pode chamar de liberal social, em que os princípios do liberalismo individualista são temperados com a atribuição ao Estado de um papel ativo na garantia da liberdade e da igualdade [...]”

Por fim, a Seguridade Social compreende os chamados direitos fundamentais prestacionais de segunda dimensão, que exigem do Estado ações positivas materiais, em bens ou serviços. Neste ínterim, a Constituição trata como direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, e a assistência aos desamparados (artigo 6º) (TAVARES, 2003). Assim, cada tarefa imposta ao Estado, faz com que a dignidade da pessoa humana reclame ações no sentido de preservar a dignidade existente e também para promover a dignidade, com a criação de condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade (SARLET, 2007).

4.1 PRINCÍPIOS DA SEGURIDADE SOCIAL

Destacam-se os princípios da compreensividade, da territorialidade, da eficácia e da solidariedade, que demonstram a política social a ser adotada pela sociedade brasileira, os quais serão abordados a seguir.

O princípio da compreensividade determina que a Constituição Federal de 1988 tornou o acesso à seguridade social abrangente à população inteira. Já o princípio da territorialidade prevê que a cobertura dos riscos sociais, endereçada aos fatos sucedidos no território nacional, a ele não se limita, abrangendo, eventualmente, o cidadão que exerça atividade no exterior, desde que contratado por empresa com sede no Brasil. O princípio da eficácia determina a compreensão dos riscos biológicos, como a morte, a doença, a invalidez, a gravidez, etc., sendo que no campo assistencial, desdobrou-se em cuidados com a saúde do cidadão de escassa renda, assegurando amparo aos idosos e deficientes. Por derradeiro, o princípio da solidariedade pugna que os alicerces da

seguridade social são as contribuições dos segurados e de seus empregadores, com o concurso do Estado (COIMBRA, 2001).

4.2 AS ÁREAS DA SEGURIDADE SOCIAL

“A Seguridade Social engloba um conceito amplo, abrangente e universal, destinado a todos que dela necessitem, desde que haja previsão na lei sobre determinada contingência a ser coberta.” (MARTINS, 2002, p. 45).

Assim, pode-se afirmar que Seguridade Social é o gênero das espécies: Previdência Social; Saúde; e, Assistência Social, que serão estudados a seguir.

4.2.1 Da Previdência Social

Está disciplinada nos artigos 201 e 202 da CF/88 que dispõem ser esse um sistema contributivo, mediante o qual os trabalhadores estarão protegidos contra as contingências elencadas em seu artigo 201, a saber: doença, morte, invalidez, idade avançada, encargos familiares, prisão de segurado de baixa renda, além de proteção à maternidade e contra o desemprego involuntário (GONÇALVES, 2008, p. 9).

No tocante à Previdência Social, há a peculiaridade da Autarquia Federal (INSS), criada pelo Decreto n. 99.350/90, que têm como funções a administração do Regime Geral de Previdência Social e a concessão e manutenção dos benefícios previdenciários e assistenciais.

4.2.2 Da Saúde

Afirma Coimbra (2001) que possivelmente foi na área da saúde que se fizeram sentir mais relevantes as alterações decorrentes das novas disposições constitucionais, uma vez que o artigo 196, assegura a todos o direito à saúde. É a saúde objeto de disposição dos artigos 232 a 235 da Carta Política, os quais mencionam a prevenção de doenças e restauração da saúde por ações e serviços prestados por uma rede regionalizada e hierarquizada, em sistema único.

Cabe ao Poder Público regulamentar, fiscalizar e controlar as ações e serviços de saúde, por intermédio do financiamento de recursos públicos e contribuições sociais, no denominado Sistema Único de Saúde (SUS).

Gonçalves (2008) elucida que integram o SUS, de acordo com a Lei 8.080/90: o Ministério da Saúde, as Secretarias de Saúde dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, os Consórcios Administrativos Intermunicipais, hospitais locais, regionais e especializados, incluídos os universitários, os laboratórios públicos de saúde e hemocentros e os distritos municipais de saúde, os postos de saúde, os centros de saúde, os ambulatórios, a Fundação Nacional de Saúde, a Fundação Oswaldo Cruz e o Instituto Nacional do Câncer. Ressalta-se ainda a existência de agências reguladoras na área da saúde, como a Agência de Vigilância Sanitária (ANVISA).

4.2.3 Da Assistência Social

Para Oliveira (2005, p. 29), a “[...] assistência social é a garantia da proteção aos que necessitam de amparo do Estado para sobreviverem. A rigor, enquanto a previdência cuida de am-

parar os trabalhadores e dependentes quando ocorre uma infortúnica, a Assistência presta os seus serviços aos carentes e necessitados.”

Ainda a despeito da questão conceitual sobre a Assistência Social, vale citar Martinez (1992, p. 83), que a define como: “[...] um conjunto de atividades particulares e estatais direcionadas para o atendimento dos hipossuficientes, consistindo os bens oferecidos em pequenos benefícios em dinheiro, assistência à saúde, fornecimento de alimentos e outras pequenas prestações.” Assim, denota-se que cabe à Assistência Social complementar os serviços da Previdência Social.³

A primeira legislação brasileira que deu passos rumo à Assistência Social foi a Lei 6.439/77, que criou a Legião Brasileira de Assistência (LBA), a qual incumbia prestar assistência social à população carente, por intermédio de programas sociais de atendimento às pessoas (MARQUES, 2009).

Por fim, foi a Constituição Federal de 1988 que passou a regular o tema em seus artigos 203 e 204, destinando a Assistência Social aos hipossuficientes, independentemente de contribuição, com vistas a proteger a maternidade, a família, a infância, a adolescência e a velhice, bem como a habilitação e reabilitação das pessoas deficientes (GONÇALVES, 2008).

Desprende-se que a Assistência Social está direcionada às pessoas não integradas no mercado de trabalho, que não possuem condições de contribuir para a previdência, faltando-lhes dignidade. Para que deixasse de ser uma norma programática e com o fito de estabelecer direito subjetivo em favor dos necessitados, foi editada a Lei 8.742/1993 (LOAS - Lei Orgânica da Assistência Social), que dispôs sobre a organização da Assistência Social.

Assim, Martins (2002) elenca como objetivos da Assistência Social a proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência e à velhice, amparo às crianças e adolescentes carentes, promoção da integração ao mercado de trabalho, habilitação e reabilitação das pessoas deficientes e, pagamento de renda mensal vitalícia às pessoas portadoras de deficiência ou idosos que não possam manter a própria subsistência ou tê-la provida por sua família (artigo 203, CF/88).

As normas sobre Assistência Social contidas no artigo 203 da Constituição da República possuem natureza de princípios e regras. Enquanto princípios possuem eficácia limitada pois dependem que o Estado crie programas de proteção, a guisa da Lei Orgânica da Assistência Social, que se vincula ao mínimo social, com garantias de não sofrerem reduções. Já como regras, entende-se que a Assistência Social constitui serviço de habilitação e reabilitação profissional de pessoas portadoras de deficiência e promoção de integração à vida comunitária (TAVARES, 2003).

Os princípios que regem a Assistência Social estão insculpidos no artigo 4º da Lei 8.742/93 e são: a) supremacia do atendimento às necessidades sociais sobre as exigências de rentabilidade econômica, ou seja, visa o atendimento de necessidades sociais; b) universalização dos direitos sociais, o que implica que os seus destinatários também devem ter acesso às demais políticas pú-

³ Vale ressaltar que a Lei 8.212/91, em seu artigo 4º, dispõe: “A Assistência Social é a política social que provê o atendimento das necessidades básicas, traduzidas em proteção à família, à maternidade, à infância, à adolescência, à velhice e à pessoa portadora de deficiência, independentemente de contribuição à Seguridade Social.” Já o artigo 1º da Lei 8.742/93 menciona que a Assistência Social: “É direito do cidadão e dever do Estado, sendo política de Seguridade Social não-contributiva, que prevê os mínimos sociais, realizada por meio de um conjunto integrado de ações da iniciativa pública e da sociedade para garantir o atendimento às necessidades básicas.”

blicas; c) respeito e dignidade do cidadão; d) igualdade de direitos no acesso ao atendimento, em outras palavras, não haverá diferenciação entre populações urbanas ou rurais; e) divulgação ampla de benefícios e seus critérios de concessão.

Nas palavras de Tavares (2003, p. 216-217):

A assistência é um dos direitos sociais de realização dos fundamentos da República e dos objetivos vinculados aos valores da liberdade, da igualdade de chances e da solidariedade gerenciada. As prestações assistenciais são destinadas a garantir às pessoas, sem meios de sustento, condições básicas de vida digna e cidadania, cumprindo também o objetivo constitucional de erradicação da pobreza e de redução de desigualdades sociais e regionais.

Já a organização da Assistência Social é baseada em diretrizes contidas no artigo 5º da Lei 8.742/93, a saber: a) descentralização político-administrativa para os Estados, o Distrito Federal e os Municípios; b) participação da população por intermédio de organizações representativas; e, c) primazia da responsabilidade do Estado na condução da política de Assistência Social em cada esfera de governo.

Neste íterim, elucida Oliveira (2005) que as ações na área da Assistência Social estão firmadas em um sistema descendente e participativo, ou seja, as entidades e organizações de assistência social devem observar as normas do Conselho Nacional de Assistência Social (CNAS).⁴ Já a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios devem se pautar nas diretrizes anteriormente citadas, podendo celebrar convênios com entidades e organizações de assistência social.

Salutar mencionar as questões relacionadas ao custeio da Assistência Social. A Constituição Federal de 88, em seus artigos 195 e 204, manda que o custeio seja realizado com recursos do orçamento da seguridade social, como um encargo de toda a sociedade, de forma direta ou indireta. Assim complementa Martins (2008, p. 490): “Poderão os recursos de responsabilidade da União destinados ao financiamento dos benefícios de prestação continuada ser repassados pelo Ministério da Previdência e Assistência Social diretamente ao INSS, órgão responsável por sua execução e manutenção.”

A Lei Orgânica da Assistência Social implementou a concessão de benefícios como o auxílio-natalidade (art. 140) e o auxílio-funeral (art. 141). No entanto, o presente artigo tem como objetivo principal estudar o Benefício de Prestação Continuada, especialmente suas características e a formulação do critério de renda per capita. Assim, o próximo item é dedicado exclusivamente as peculiaridades de tal benefício, com vistas a solucionar a problemática aqui discutida.

5 O BENEFÍCIO ASSISTENCIAL DE PRESTAÇÃO CONTINUADA (BPC)

Destarte já destacado, com o advento da Constituição de 1988, a assistência social passa a compor, com a saúde e a previdência social, o tripé da seguridade social brasileira. Para a garan-

⁴ O CNAS é composto por 18 membros e respectivos suplentes, cujos nomes são indicados ao órgão da Administração Pública Federal responsável pela coordenação da Política Nacional de Assistência Social. Nove dos membros são representantes do governo. Nove são provenientes da sociedade civil. Dentre as competências do CNAS está a aprovação da política nacional de assistência social e a concessão de registro para as entidades beneficentes de assistência social, dentre outros (MARTINS, 2008).

tia dos direitos constitucionalmente assegurados, havia necessidade de legislação ordinária apta a institucionalizar os avanços, sendo assim aprovada a Lei Orgânica da Assistência Social, que prevê o Benefício de Prestação Continuada, aqui esboçado, o qual fora regulamentado pelo Decreto n. 6.214/2007.

5.1 CONCEITO DE BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

O Benefício de Prestação Continuada (BPC) regulamentado pela Lei Orgânica da Assistência Social - LOAS (Lei Federal N. 8.742, de 07 de dezembro de 1993) é um benefício assistencial não-contributivo, não-vitalício, individual e intransferível garantido pela Constituição Federal de 1988 (artigo 203, inciso V).

Assim, consiste no pagamento de um salário mínimo mensal a pessoas com 65 anos de idade ou mais e a pessoas com deficiência incapacitante para a vida independente e para o trabalho que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção e nem de tê-la provida por sua família (COLIN; FOWLER, 1999).⁵

5.2 CRITÉRIOS DE OBTENÇÃO DO BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA

Como demonstrado, o BPC é em um direito de cidadania das pessoas idosas ou com deficiência que atendem aos seguintes critérios: a) renda per capita familiar inferior a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo vigente, sendo que a informação sobre composição e renda familiar analisada mediante avaliação socioeconômica do assistente social do Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), e é critério exigível para a pessoa idosa e para a com deficiência; b) comprovação da deficiência e do nível de incapacidade para vida independente e para o trabalho, temporária ou permanente, atestada por meio de perícia médica e social do INSS (MENDES, 2012).

Sobre o critério de renda, saliente-se que o Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema na ADIN n.º 1.232, que questionava exatamente essa rigidez na definição do critério objetivo de $\frac{1}{4}$ do salário mínimo como renda per capita familiar, como suposta afronta à Constituição.

O Supremo Tribunal Federal, como se sabe, entendeu constitucional a norma combatida. A ementa deixou bem clara a posição do Supremo de que a lei traz hipótese objetiva de prestação assistencial do Estado. O STJ, por sua vez, entendeu que a análise deveria ser feita caso a caso, para que a aferição do critério miserabilidade fosse feita de forma mais completa e com análise mais detalhada do caso concreto:

Veja-se:

PREVIDENCIÁRIO. ASSISTÊNCIA SOCIAL. BENEFÍCIO DA PRESTAÇÃO CONTINUADA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 203 DA CF. ART. 20, § 3º, DA LEI Nº 8.742/93. I - A assistência social foi criada com o intuito de beneficiar os miseráveis, pessoas incapazes de sobreviver sem a ação da Previdência. II - O preceito contido no art. 20, § 3º, da Lei nº 8.742/93 não é o único critério válido para comprovar a condição de mise-

⁵ Decreto n. 6.214/07, artigo 1º: O Benefício de Prestação Continuada, previsto no artigo 20 da Lei n. 8.742/93, é a garantia de um salário mínimo mensal à pessoa com deficiência e ao idoso, com idade de sessenta e cinco anos ou mais, que comprovem não possuir meios para prover a própria manutenção e nem tê-la provida por sua família.

rabilidade preceituada no artigo 203, V, da Constituição Federal. A renda familiar per capita inferior a 1/4 do salário-mínimo deve ser considerada como um limite mínimo, um quantum objetivamente considerado insuficiente à subsistência do portador de deficiência e do idoso, o que não impede que o julgador faça uso de outros fatores que tenham o condão de comprovar a condição de miserabilidade da família do autor. Recurso não conhecido. (BRASIL, 2001).

Ainda, na REsp. 756119/MS, o Ministro Hamilton Carvalhido, manteve o posicionamento, assim pronunciando-se:

[...] A impossibilidade da própria manutenção, por parte dos portadores de deficiência e dos idosos, que autoriza e determina o benefício assistencial de prestação continuada, não se restringe à hipótese da renda familiar per capita mensal inferior a 1/4 do salário mínimo, podendo caracterizar-se por concretas circunstâncias outras, que é certo, devem ser demonstradas. [...] (BRASIL, 2005).⁶

Apesar das mencionadas jurisprudências, deve-se considerar que a Autarquia (INSS)⁷ não pode se descurar da observância do princípio da legalidade, motivo que impede que seus servidores concedam benefícios nas hipóteses em que não se mostram preenchidos os requisitos legais.

5.3 ESTATÍSTICAS SOBRE O BENEFÍCIO DE PRESTAÇÃO CONTINUADA NO ESTADO DE SANTA CATARINA: A IMPORTÂNCIA DA ASSISTÊNCIA SOCIAL

O Ministério do Desenvolvimento Social e de Combate à Fome, disponibiliza em seu sítio virtual, estatísticas sobre os Benefícios de Prestação Continuada ativos. Para demonstrar a importância e a quantidade de deficientes e idosos que o percebem, foi selecionada a tabela abaixo, referente ao mês de dezembro de 2014, com a seleção aleatória de alguns municípios.

Lê-se, que em dezembro de 2014, no Estado de Santa Catarina, existiam 65.767 Benefícios de Prestação Continuada ativos, incluído os destinados a pessoa com deficiência (PCD) e Idoso, o que levantou, apenas no mês de referência, o montante de R\$ 47.460.679,00 (quarenta e sete milhões, quatrocentos e sessenta mil e seiscentos e setenta e nove reais).

Município	Quantidade de benefícios		Total de benefícios	Recursos pagos no mês dez/2014		Total de recursos pagos no mês dez/2014	Recursos pagos no ano de 2014		Total de recursos pagos no ano 2014
	PCD	Idoso		PCD	Idoso		PCD	Idoso	
Santa Catarina	42.862	22.905	65.767	30.918.725	16.541.954	47.460.679	361.614.813	194.508.739	556.123.552
Anchieta	42	10	52	29.720	7.240	36.960	348.702	86.879	435.581

⁶ Outras decisões no mesmo sentido: REsp 308.711; REsp 464.774; REsp 539.621; Ag. Reg. no Ag. 502.188; Ag. Reg. no Ag. 521.467; Ag. Reg. no Ag. 507.707; Ag. Reg. no REsp 507.012.

⁷ De acordo com o Decreto n. 6.214/2007, artigo 3º: O Instituto Nacional do Seguro Social - INSS é o responsável pela operacionalização do Benefício de Prestação Continuada, nos termos deste Regulamento.

Município	Quantidade de benefícios		Total de benefícios	Recursos pagos no mês dez/2014		Total de recursos pagos no mês dez/2014	Recursos pagos no ano de 2014		Total de recursos pagos no ano 2014
Balneário Camboriú	513	696	1.209	368.215	502.972	871.187	4.354.062	5.980.396	10.334.457
Bandeirante	19	5	24	13.756	3.620	17.376	171.588	43.440	215.028
Barra Bonita	13	4	17	9.412	2.896	12.308	118.012	34.752	152.764
Belmonte	16	2	18	11.584	1.448	13.032	128.872	17.376	146.248
Blumenau	1.282	617	1.899	924.333	446.159	1.370.492	10.591.676	5.203.719	15.795.395
Bom Jesus do Oeste	7	1	8	5.068	724	5.792	57.920	8.688	66.608
Brusque	560	272	832	403.875	195.885	599.759	4.725.365	2.366.721	7.092.086
Campo Erê	174	64	238	125.354	45.829	171.183	1.493.886	527.506	2.021.392
Campos Novos	520	189	709	375.424	135.794	511.217	4.523.335	1.657.755	6.181.090
Chapecó	1.515	1.014	2.529	1.089.678	732.377	1.822.055	12.806.178	8.597.010	21.403.189
Concórdia	815	381	1.196	587.038	275.605	862.643	6.977.358	3.293.934	10.271.292
Cordilheira Alta	16	2	18	11.584	1.448	13.032	139.008	31.856	170.864
Cunha Porã	94	33	127	68.056	23.892	91.948	819.997	302.631	1.122.629
Descanso	85	29	114	61.540	20.996	82.536	736.308	248.079	984.387
Dionísio Cerqueira	278	605	883	199.471	438.020	637.491	2.395.316	5.227.706	7.623.022
Flor do Sertão	14	2	16	10.136	1.448	11.584	115.116	23.168	138.284
Florianópolis	1.871	1.438	3.309	1.349.146	1.038.123	2.387.270	15.468.437	11.819.144	27.287.581
Guaraciaba	77	10	87	55.748	7.240	62.988	659.563	89.344	748.907
Guarujá do Sul	45	18	63	32.001	13.032	45.033	392.393	153.485	545.878
Iporã do Oeste	49	12	61	35.476	8.688	44.164	417.747	101.360	519.106
Iraceminha	36	2	38	26.064	1.448	27.512	284.531	17.376	301.907
Itapiranga	97	26	123	70.228	18.824	89.052	833.323	225.888	1.059.211
Joaçaba	274	96	370	196.349	69.490	265.839	2.287.843	830.934	3.118.778
Joinville	2.689	2.398	5.087	1.941.054	1.734.913	3.675.967	22.622.043	20.285.698	42.907.740
Lages	1.385	984	2.369	996.984	707.639	1.704.624	11.686.858	8.419.418	20.106.275
Maravilha	185	85	270	132.854	61.540	194.394	1.504.395	699.383	2.203.778
Modelo	36	10	46	26.064	7.240	33.304	309.148	94.844	403.992
Mondaí	87	29	116	62.988	20.996	83.984	738.479	262.086	1.000.565
Nova Erechim	26	7	33	18.281	5.068	23.349	206.340	53.576	259.916
Nova Itabe-raba	26	8	34	18.824	5.792	24.616	212.131	55.748	267.879
Paraíso	38	7	45	27.512	5.068	32.580	316.388	60.816	377.204
Pinhalzinho	177	77	254	127.967	55.241	183.208	1.520.189	612.213	2.132.401
Romelândia	52	9	61	37.648	6.516	44.164	431.504	72.399	503.903
São João do Oeste	21	2	23	15.204	1.448	16.652	178.104	18.824	196.928
São José	1.036	734	1.770	747.958	530.026	1.277.984	8.744.751	6.215.622	14.960.373
São José do Cedro	121	39	160	87.604	28.236	115.840	1.029.524	359.828	1.389.352
São Miguel do Oeste	351	173	524	253.111	124.160	377.271	3.011.257	1.464.559	4.475.816

Município	Quantidade de benefícios		Total de benefícios	Recursos pagos no mês dez/2014		Total de recursos pagos no mês dez/2014	Recursos pagos no ano de 2014		Total de recursos pagos no ano 2014
Saudades	27	9	36	19.027	6.516	25.543	223.252	73.124	296.376
Xanxerê	516	282	798	371.405	203.915	575.320	4.458.557	2.399.115	6.857.672
Xaxim	212	123	335	153.126	89.045	242.171	1.804.930	1.061.325	2.866.255

Fonte: Brasil (2014).

Conclui-se que o Benefício de Prestação Continuada, traçado no texto político, precisamente no artigo 203, V, constitui a principal provisão da política de assistência social concretamente traduzida, regulamentada e materializada, conforme depreende-se da estatística demonstrada.

5.4 DEFINIÇÃO DE DEFICIÊNCIA E INCAPACIDADE

O que torna a pessoa com deficiência elegível ao BPC na legislação pertinente à Assistência Social é estabelecido no artigo 4º, inciso II, do Decreto Federal n. 6.214/07.

Assim, entende-se por pessoa com deficiência “aquela que tem impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, sem os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”, o que requer, portanto, a necessidade da comprovação de duas condições para fins de reconhecimento do direito ao BPC (BRASIL, 2007).

Por seu turno, a definição da incapacidade é dada no inciso III do mesmo artigo, que a classifica como “[...] fenômeno multidimensional que abrange limitação do desempenho de atividade e restrição da participação, com redução efetiva e acentuada da capacidade de inclusão social, em correspondência à interação entre a pessoa com deficiência e seu ambiente físico e social.” (BRASIL, 2007).

De acordo com a caracterização exposta, diferentes deficiências e incapacidades permitem o acesso ao BPC, como a de pessoas portadoras do vírus HIV, ostomizadas, com autismo, pacientes com doenças renais crônicas, entre outras. Para todos os casos, é importante frisar que, quando o requerente ao BPC é pessoa com deficiência, além das avaliações mencionadas, deverá provar a insuficiência econômica para a provisão da sua vida ou de tê-la provida por sua família, atendendo ao critério de renda definido (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

5.5 O CONCEITO DE FAMÍLIA PARA AFERIÇÃO DE RENDA PER CAPITA E A POSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO DO BPC COM OUTROS BENEFÍCIOS

Conforme o artigo 4º, inciso V do Decreto 6.214/07, a família, para cálculo da renda per capita é: “[...] o conjunto de pessoas composto pelo requerente, o cônjuge ou companheiro, a companheira, os pais e, na ausência de um deles, a madrasta ou o padrasto, os irmãos solteiros, os filhos e enteados solteiros e os menores tutelados, desde que vivam sob o mesmo teto.” (BRASIL, 2014).

A renda mensal familiar constitui-se na soma dos rendimentos brutos auferidos no mês pelos membros da família, composta por salários, proventos, pensões, pensões alimentícias, benefícios de previdência pública ou privada, seguro-desemprego, comissões, pró-labore, outros rendimentos do trabalho não assalariado, rendimentos do mercado informal ou autônomo, rendimentos auferidos do patrimônio, Renda Mensal Vitalícia e Benefício de Prestação Continuada,

exceto quando se aplica a concessão do BPC a outro idoso na família conforme previsão do parágrafo único do artigo 34 da Lei 10.741 - Estatuto do Idoso, conforme se verá a seguir e do artigo 19, parágrafo único do Decreto em comento, in verbis:

Art. 19. O Benefício de Prestação Continuada será devido a mais de um membro da mesma família enquanto atendidos os requisitos exigidos neste regulamento. Parágrafo único. O valor do benefício de Prestação Continuada concedido ao idoso não será computado no cálculo da renda mensal bruta familiar a que se refere o inciso IV do art. 4º, para fins de concessão do Benefício de Prestação Continuada a outro idoso da mesma família. (BRASIL, 2014).

Sobre a possibilidade de cumular o BPC com qualquer outro benefício no âmbito da Seguridade Social, mister dispor que o artigo 5º do Decreto que regulamenta o benefício institui:

O beneficiário não pode acumular o Benefício de Prestação Continuada com qualquer outro benefício no âmbito da Seguridade Social ou de outro regime, inclusive o seguro-desemprego, ressalvados os de assistência médica e a pensão especial de natureza indenizatória, bem como a remuneração advinda de contrato de aprendizagem no caso da pessoa com deficiência. (BRASIL, 2007).

Marques (2009) conclui salientando que o BPC é intransferível, não gerando direito à pensão por morte, bem como não gera direito à gratificação natalina.

5.6 O RECEBIMENTO DE BENEFÍCIO POR MAIS DE UMA PESSOA DO MESMO GRUPO FAMILIAR E O SEU CÔMPUTO NA RENDA PER CAPITA

Neste item será discutida a possibilidade de mais de uma pessoa de uma mesma família receber também fazer jus ao recebimento do BPC.

No caso de pessoas idosas, o valor do seu benefício já contemplada residente no domicílio não deve ser incluído no cálculo da renda familiar, de acordo com o Estatuto do Idoso, conforme seu artigo 34.

Em situação análoga, para a pessoa com deficiência, o fato de já existir beneficiário do BPC na família, idoso ou também com deficiência, exige que este valor entre no cálculo da renda familiar (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Entretanto, conforme decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) provocada pela Defensoria Pública da União⁸ em meados de novembro de 2010, o cálculo do INSS para o recebimento do benefício foi mudado, obrigando o órgão a desconsiderar da renda familiar outro auxílio assistencial recebido por familiares. A decisão abre um importante precedente na Justiça para o reconhecimento de casos semelhantes.

⁸ Leia na íntegra o informe da Defensoria Pública da União sobre o assunto e acesse o artigo da defensora pública federal Liana Lidiane Pacheco Dani intitulado “Da concessão de amparo assistencial e composição de renda per capita”, em que destaca a relevância da decisão no endereço: <http://www.dpu.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2877:decisao-altera-criteriodo-inss-para-calcular-renda-familiar-de-bpc&catid=79:noticias&Itemid=86.com>.

Não foi por outra essa razão que a sentença (MAI/2004) da Ação Civil Pública nº 2004.38.03.003762-5, muito bem fundamentada, condenou o INSS e a União a não computarem na renda familiar do idoso ou do deficiente, para fins de concessão do benefício assistencial previsto na Lei Orgânica da Assistência Social (Loas - Lei 8.742/93), o valor de qualquer benefício previdenciário ou assistencial igual a um salário mínimo⁹ (DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO, 2014).

Entretanto em abril de 2006, a Procuradoria do INSS obteve liminar do Tribunal Regional Federal (TRF) da 1ª Região, suspendendo a sentença proferida na Ação Civil Pública (ACP) n. 2004.38.03.003762-5.¹⁰

Como resultado da finalidade social da lei, dentre outros aspectos, o judiciário tem excluído da renda familiar não apenas o benefício assistencial recebido por idosos, mas também, qualquer benefício previdenciário (aposentadoria) de um salário mínimo por eles recebido, para objetivar a concessão de BPC, para idosos e pessoas com deficiência da mesma família.

Em julgamento de 08/2011, o Tribunal Nacional de Uniformização - TNU deliberou nesse sentido:

INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO DE JURISPRUDÊNCIA. BENEFÍCIO ASSISTENCIAL. RENDA MENSAL PER CAPITA FAMILIAR. EXCLUSÃO DE BENEFÍCIO DE VALOR MÍNIMO PERCEBIDO POR MAIOR DE 65 ANOS. ART. 34, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI Nº 10.741/2003. APLICAÇÃO ANALÓGICA.

1. A finalidade da Lei nº 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), ao excluir da renda do núcleo familiar o valor do benefício assistencial percebido pelo idoso, foi protegê-lo, destinando essa verba exclusivamente à sua subsistência.

2. Nessa linha de raciocínio, também o benefício previdenciário no valor de um salário mínimo recebido por maior de 65 anos deve ser afastado para fins de apuração da renda mensal per capita objetivando a concessão de benefício de prestação continuada.

3. O entendimento de que somente o benefício assistencial não é considerado no cômputo da renda mensal per capita desprestigia o segurado que contribuiu para a Previdência Social e, por isso, faz jus a uma aposentadoria de valor mínimo, na medida em que este tem de compartilhar esse valor com seu grupo familiar.

4. Em respeito aos princípios da igualdade e da razoabilidade, deve ser excluído do cálculo da renda familiar per capita qualquer benefício de valor mínimo recebido por maior de 65 anos, independentemente se assistencial ou previdenciário, aplicando-se, analogicamente, o disposto no parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso. (BRASIL, 2011).

Assim, em respeito a dignidade da pessoa humana e à Constituição Federal, que expandiram o reconhecimento dos direitos sociais, cria-se um cenário onde a atuação do Poder Judiciário vem sendo cada vez mais importante na concretização desses direitos. Para Marques (2009, p. 72), “[...] somam-se a esta realidade as sucessivas reformas constitucionais e legais que, a pretexto de melhor compatibilizar as regras jurídicas com o contexto econômico e social da atualidade, vêm atingindo de morte grande parte dos direitos sociais, ceifando, sem maior pudor, direitos básicos constitucionais.”

⁹ Acesso ao inteiro teor da sentença em <www.mp.mg.gov.br/portal/public/interno/arquivo/id/7083>.

¹⁰ <<http://www.previdencia.gov.br/vejaNoticia.php?id=23235>>.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Por todo exposto alhures, chega-se à conclusão que o princípio da igualdade e da dignidade humana serão respeitados na concessão do Benefício de Prestação Continuada, se houver a aplicação análoga, ao requerente deficiente, das disposições atinentes ao artigo 34, parágrafo único do Estatuto do Idoso, bem como ao artigo 19, parágrafo único do Decreto n. 6.214/07.

Em outras palavras, quando a pessoa com mais de 65 pleiteia a concessão do BPC, a renda per capita dos componentes do grupo familiar não computa eventual BPC recebido por pessoa idosa da mesma família.

No entanto, essa benesse não fora concedida legalmente ao deficiente que necessita do benefício assistencial aqui estudado. Assim, valendo-se do Poder Judiciário, forte no princípio da igualdade e da dignidade humana, surgiram decisões no sentido de aplicar as regras do Estatuto Idoso à pessoa deficiente, garantindo o acesso aos direitos humanos fundamentais sociais.

“Todos são iguais perante a lei e têm direito, sem qualquer distinção,
a igual proteção da lei.

Todos têm direito a igual proteção contra qualquer discriminação que viole a presente Declaração e contra qualquer incitamento a tal discriminação.”
(Declaração Universal dos Direitos Humanos - Art. 7º)

THE CONTINUING BENEFIT CONVEYANCE RECEIVED BY THE DISABLED AND ITS RECKONING FOR THE PURPOSES OF THE DEFINITION OF PER CAPITA INCOME OF THE FAMILIAR GROUP: THE LACK OF RESPECT TO THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN FACE OF THE EXPECTATIONS OF THE SINGLE PARAGRAPHS OF THE ARTICLE 34 BY THE STATUTE OF THE ELDERLY AND OF THE ARTICLE 19 BY THE DECREE N. 6214/07

ABSTRACT

This article aims to discuss the Social Assistance integrating the tripod of the Social Security system, specifically in atine the Continuous Cash Benefit (BPC). As a key problem, aims to analyze the inequality criterion established in the formulation of per capita income for the enjoyment of that benefit, before boon made by the Elderly Statute, article 34, single paragraph. The granting of assistance benefit presupposes the accumulation of objective requirements, among which is mentioned that is addressed to the elderly over 65 years old and the poor, that, supported by Social Security, can not provide their livelihood or have -la provided by the family, added to the fact that the per capita income of each family member of the group must be less than ¼ of the minimum wage. Met the formal requirements, the elderly or the disabled, will be entitled to a minimum wage, which is not subject to any discount being prohibited cumulation with any other benefit Social Security or public agency except health care. The problem arises in the preparation of income per capita, since the individual over 65 years old to order granting the Continued Benefit, will not all, for purposes of the composition of the income of the family group, possible benefit granted to another family member. This forecast is exclusive to the elderly, putting the detriment application made by disabled person, to be added in the formulation of the per capita income of their family group, any benefit received by another member in violation of the right to equality. We conclude that both the poor and the elderly, are in equal conditions of vulnerability and that the most beneficial standard, that is, the Elderly Statute, shall be applied by analogy in the formulation of the income criterion of the family group, regardless of the applicant the Continuous Cash Benefit.

Keywords: Social Assistance. Continuous Cash Benefit. Poor. Elderly. Social Security.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Milton Vasques Thibau de. *Fundamentos constitucionais da Previdência Social*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

BRASIL. Decreto n. 6.214/07, de 26 de setembro de 2007. Regulamenta o benefício de prestação continuada da assistência social devido à pessoa com deficiência e ao idoso de que trata a Lei n. 8.742/93. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 26 set. 2007.

BRASIL. Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome. Secretaria Nacional de Assistência Social. *Benefício de Prestação Continuada ativos em dezembro de 2014 - SC*. Disponível em: <<http://www.mds.gov.br/relocrys/bpc/docs/downloads/2014/DezSC.xls>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão Pet 7203 PE 2009/0071096-6. Relatora: Min. Maria Thereza de Assis Moura. Órgão Julgador: S3 - Terceira Seção. Julgamento em: 10 ago. 2011. *Diário da Justiça Eletrônico*, 11 out. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão Resp 314264/SP. Recurso Especial 2001/0036163-3*. PG: 00185. Relator: Min. Felix Fischer (1109). Órgão Julgador: T5 - Quinta Turma. Julgamento em: 18 jun. 2001. Disponível em: <<http://www.stj.gov.br/webstj/Processo/Jurisp/juri.asp>>. Acesso em: 13 jan. 2014.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Acórdão Resp 756119/MS. Recurso Especial 2005/0091728-9*. Relator: Min. Hamilton Carvalhido. Órgão Julgador: T6 - SEXTA TURMA. Julgamento em: 23 ago. 2005. *Diário da Justiça*, 14 nov. 2005.

COIMBRA, Feijó. *Direito Previdenciário Brasileiro*. Rio de Janeiro: Edições Trabalhistas, 2001.

COLIN, Denise Ratmann Arruda; FOWLER, Marcos Bittencourt. *LOAS: Lei Orgânica da Assistência Social Anotada*. São Paulo: Veredas, 1999.

DEFENSORIA PÚBLICA DO ESTADO DE SÃO PAULO. *BPC: Benefício de Prestação Continuada*. Conheça o que é e como funciona este direito socioassistencial. Disponível em: <http://www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/repositorio/33/documentos/bpc_leitura.pdf>. Acesso em: 13 jan. 2014.

GOMES, Maria do Rosário Corrêa de Salles. *Assistência social: eixos estruturantes da rede socioassistencial*. São Paulo: PUC de São Paulo, 2002.

GONÇALVES, Ionas Deda. *Direito previdenciário*. São Paulo: Saraiva, 2008.

MARQUES, Carlos Gustavo. *O Benefício Assistencial de Prestação Continuada: reflexões sobre o trabalho do Poder Judiciário na concretização dos direitos à seguridade social*. São Paulo: LTR, 2009.

MARTINEZ, Wladimir Novaes. *Comentários à lei básica da previdência social*. São Paulo: LTR, 1998.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da seguridade social*. São Paulo: Atlas, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos Fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLIVEIRA, Lamartino França. *Direito Previdenciário*. São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 2005.

PÓVOAS, Manoel Soares. *Na rota das instituições do bem-estar, seguro e previdência*. São Paulo: Green Forest do Brasil, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

TAVARES, Marcelo Leonardo. *Previdência e Assistência Social: legitimação e fundamentação constitucional brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

YAZBEK, Maria Carmelita. *Estado e miséria social no Brasil: de Getúlio a Geisel*. São Paulo: Cortez, 1995.

O INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL E OS CRITÉRIOS DE FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Elizabete Geremias*
Rodrigo Goldschmidt**

Resumo

A presente pesquisa tem por objetivo fazer a análise do instituto da responsabilidade civil, abrangendo os fatores que caracterizam o que seria um ambiente de trabalho saudável, também, serão ponderadas as questões do dano moral e quais os critérios que o julgador deve observar quando da fixação do quantum indenizatório. Neste sentido, a observação e constatação da possibilidade da aplicação do carácter punitivo e preventivo, também denominado de dano punitivo (punitivedamages). No âmbito deste estudo serão analisados os fatores de influência do instituto da responsabilidade civil, constatando a aplicabilidade do mesmo, como defesa dos direitos fundamentais, em especial a valorização do ser humano. Parte, daí, a importância da verificação do tema sob o prisma da proteção aos trabalhadores, na busca da efetividade de resguardo do princípio da dignidade humana quando da fixação da indenização por dano moral. A pesquisa será bibliográfica, com abordagem na doutrina de referência nacional e o método lógico de investigação utilizado será o indutivo.

Palavras-chave: Responsabilidade Civil. Princípio da dignidade da pessoa humana. Critérios de fixação da indenização por dano moral.

1 INTRODUÇÃO

A responsabilidade civil se caracteriza pela lesão causada por uma pessoa que gera prejuízo a outra, seja de cunho material ou moral. O dano material é o prejuízo financeiro que implica na diminuição do patrimônio da vítima. Por outro lado, o dano moral é uma ofensa ou violação dos elementos que compõem a condição humana, como a liberdade, honra, imagem e outros pressupostos, isto é, fazem referência à vida particular do indivíduo.

Ainda, a responsabilidade civil subsiste como instituto necessário na viabilização da convivência humana e funciona como suporte nas relações existentes entre as pessoas. Além disso, constitui-se como modalidade de obrigação, em decorrência de ato ilícito; este, ao lado dos contratos e das declarações unilaterais de vontade, se constitui em uma das fontes das obrigações, contempladas pelo direito brasileiro.

Na redação dos artigos 186 e 927¹ do Código Civil de 2002, tem-se que todo indivíduo que causar dano a outrem por culpa no sentido estrito ou dolo, fica obrigado a repará-lo. Ou seja, a

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito e Processo do trabalho pela Universidade Castelo Branco, Rio de Janeiro; Professora no Curso de Direito e Pesquisadora-docente da Universidade do Oeste de Santa Catarina na linha de pesquisa em Direito Fundamental ao Trabalho Digno; Advogada; elizabete.geremias@unoesc.edu.br

** Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Fundamental ao Trabalho Digno da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

transgressão de qualquer dispositivo do ordenamento jurídico ou de uma cláusula contratual entre as partes pode representar o fato gerador da reparação de danos. Quando ocorre na primeira hipótese, a responsabilidade tem caráter extracontratual ou aquiliana, na segunda tem natureza contratual.

Neste sentido, a responsabilidade civil, em sua acepção mais ampla, é a atribuição das consequências de certa ação ou evento a um determinado sujeito. Portanto, consiste na imputação de um dano a um sujeito determinado, impondo a obrigação de um terceiro, e não ao indivíduo que sofreu o dano, de reparar os prejuízos causados. É o fundamento jurídico da obrigação cuja fonte é o ato ilícito.

O entendimento doutrinário atual é de que essa responsabilidade seja subjetiva, quando se busca do comportamento do agente, e do reconhecimento de dolo ou culpa. Por outro lado, será objetiva quando apenas se reflete da relação de causa e efeito entre o dano e a ação ou omissão do agente, o chamado nexo de causalidade, sem levar em conta o valor desse comportamento.

Portanto, a responsabilidade civil traz como elemento principal a reparação dos danos causados à pessoa da vítima do fato e a função preventiva e punitiva. No que tange à indenização, seu objetivo além de compensar um sofrimento causado à pessoa, é, também desestimular a ocorrência de práticas da mesma natureza (teoria do desestímulo - *punitivedamages*), buscando, assim, uma proteção ao princípio da dignidade humana fundado na observância de um ambiente de trabalho digno e saudável.

2 INSTITUTO DA RESPONSABILIDADE CIVIL

A origem da responsabilidade civil estaria no verbo latino *respondere*, de *spondeo*, primitiva obrigação de natureza contratual do Direito quiritário romano, pela qual o devedor se vinculava ao credor nos contratos verbais por intermédio de pergunta e resposta, ou seja, se definia como uma situação de indenizar o dano moral ou patrimonial, decorrente de inadimplemento culposos, de obrigação legal ou contratual, ou imposta por lei, ou ainda, decorrente do risco para os direitos de outrem (AZEVEDO, 2004).

A ideia de responsabilidade civil na expressão de Dias (2010, p. 3) significa “[...] a situação de quem, tendo violado uma norma qualquer, se vê exposto às consequências desagradáveis decorrentes dessa violação,” ou seja, se faz necessária a existência de um prejuízo suportado pela vítima, pois a sua causa geradora é o interesse em restabelecer o equilíbrio jurídico-econômico (BRANDÃO, 2009).

Corroborando Sampaio (2003, p. 62) que a “[...] responsabilidade possui como finalidade, a recomposição do patrimônio jurídico lesado a outrem.” A expressão exprime a ideia de reparação do dano causado em virtude da violação de um outro dever jurídico e a sintetiza como um dever jurídico que surge para recompor o dano decorrente da violação de um dever jurídico originário (CAVALIERI FILHO, 2004).

¹ Artigo 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.
Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo.

Assim, a responsabilidade em análise atende a uma necessidade moral, social e jurídica de garantir a segurança da vítima, violada pelo autor do prejuízo. A obrigação de indenizar, dela decorrente, visa suprimir a diferença entre a situação do credor, tal como esta se apresenta em consequência do prejuízo, e a que existiria sem este último fato, isto é, ocorre uma evolução pluridimensional, na medida em que a sua expansão se deu quanto à sua história, fundamentos, extensão ou área de incidência e profundidade ou densidade (DINIZ, 2003).

A responsabilidade civil é composta por três elementos: dano - subdivide-se em dano material, que compreende emergente e lucro cessante, e o dano imaterial que abrange o dano moral e existencial; culpa ou risco - culpa por violação legal (CF, CLT, NR) ou por violação ao dever de cautela que abrange os princípios da prevenção e da precaução, ou risco que abarca a atividade normal do risco e o dano ambiental. Por fim, o nexo causal que compreende fato de terceiro, culpa exclusiva da vítima e força maior (DALLEGRAVE, 2008).

Atualmente no Brasil, temos dois tipos de responsabilidade, que classificamos em responsabilidade subjetiva e objetiva. No que tange a responsabilidade civil subjetiva temos que trabalhar os pressupostos: a culpa lato sensu, o dano e o nexo causal entre o dano e a atuação do agente. Ou seja, uma vez evidenciada a culpa do agente quanto ao dano, surge para ele a obrigação de reparar o prejuízo. Logo, na responsabilidade subjetiva, a vítima só poderá receber a indenização se conseguir provar a culpa do ofensor.

O Código Civil Brasileiro de 1916 disciplinava somente a responsabilidade civil calçada na culpa, nos moldes em que estava sedimentada no mundo jurídico até o Século XIX e somente com a entrada em vigor do novo Código Civil Brasileiro de 2002, embora tenha mantido como regra a responsabilidade fundada na culpa, fez modificações que refletem a evolução desta área, provada pelas mudanças supramencionadas, introduzir a responsabilidade objetiva no art. 927CC/02,² com fundamento na teoria do risco (SOUZA, 2010).

A lei impõe, entretanto, a algumas pessoas, em determinadas situações, a reparação de um dano cometido sem culpa. Quando isto acontece, diz-se que a responsabilidade é legal ou objetiva, porquanto prescinde da culpa e se satisfaz apenas com o dano e o nexo de causalidade. Essa teoria objetiva, também é conhecida por teoria do risco, pois tem postulado que todo dano é indenizável e deve ser reparado por quem a ele se liga por um nexo de causalidade, independentemente da culpa (GONÇALVES, 2005).

A teoria da responsabilidade objetiva ou doutrina do risco, que prescinde de prova da culpa, revelou-se cada vez mais apropriada para resolver os casos em que a aplicação da teoria tradicional da culpa se revelara insuficiente (BRANDÃO, 2009, p. 216). A responsabilidade objetiva tem fundamentação no princípio da equidade, sendo que aquele obtiver lucro com uma atividade deve responder pelos riscos e possíveis desvantagens dela resultante, [...] “essa responsabilidade tem como fundamento a atividade exercida pelo agente, pelo perigo que pode causar dano à vida, à saúde ou a outros bens, criando risco de dano para terceiros.” (DINIZ, 2003, p. 50).

² Artigo 927. Aquele que, por ato ilícito (artigos 186 e 187), causar dano a outrem, fica obrigado a repará-lo. Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente 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.

Assim, quanto à diferenciação entre a responsabilidade objetiva e subjetiva, a principal distinção está na aceção que a vítima deve provar o agente causador do dano agiu com culpa exclusiva ou concorrente para o evento danoso, caracterizando a responsabilidade subjetiva. Evidentemente na responsabilidade objetiva basta provar o nexo de causalidade, ou seja, o liame entre a causa e o efeito, sem a necessidade de se provar o elemento subjetivo da culpa, que é o dolo ou a culpa no sentido estrito (SILVA, 2010).

Logo, o instituto da responsabilidade civil é um instrumento muito importante nas relações sociais, eis que busca dar suporte aos cidadãos de terem seus direitos respeitados, obrigando qualquer um que infringir esses direitos a pagar uma indenização merecedora. Assim tal instituto busca compor as relações existentes na sociedade, dando segurança jurídica com a proteção dos direitos inerentes de cada pessoa.

3 O PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL DA DIGNIDADE HUMANA

A dignidade da pessoa humana é um dos princípios fundamentais da nossa república e está configurado como cláusula pétrea da nossa Constituição Federal, conforme artigos 1º, III³ e 170⁴ da nossa Carta Magna deixam claro que o objetivo do legislador foi sujeitar a atividade econômica à observância dos direitos humanos.

Para Miranda (1991), a Constituição confere uma unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema dos direitos fundamentais e ela repousa na dignidade da pessoa humana, ou seja, na concepção que faz a pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado.

Em outras palavras, a dignidade é uma característica intrínseca e inerente a todo ser humano, que o define como tal. Pois é esta condição humana, que independente de qualquer particularidade torna a pessoa titular de direitos que devem ser respeitados pelo Estado e por seus semelhantes. Desta forma, a dignidade da pessoa humana constitui-se em um valor espiritual e moral único, que assegura uma consciência inata de respeito com o próximo.

Quanto a este valor singular, entende que o primordial é o da pessoa humana, cujo significado transcende o processo histórico, através do qual a espécie toma consciência de sua dignidade ética. Daí dizermos que a pessoa é o valor da fonte. Afinal, desde sua existência como ser, a pessoa sempre está em busca da realização de sua dignidade, tornando-se assim o valor fonte (REALE, 1996).

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, em seu preâmbulo, reconhece a dignidade humana como um fundamento para a liberdade, paz e justiça mundial. Reza em seu artigo 1º que “[...] todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade”, ou seja, gente é tudo igual, não muda, tem medos, anseios, esperança, vontade de ser feliz (ROCHA, 2004).

³ Artigo 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

⁴ Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

Pode-se dizer que a dignidade constitui qualidade intrínseca do ser humano, não podendo de ele ser destacado. É, portanto irrenunciável e inalienável. Seria como um valor absoluto, não podendo ser substituído, mas podendo em alguns casos ser relativizado. Como a dignidade é inerente a qualquer pessoa, até uma pessoa quando comete um delito, deve ter preservada a sua dignidade. Ou seja, a dignidade da pessoa humana não deve ser considerada exclusivamente como algo inerente à natureza humana em seu sentido mais simplista, já que se faz necessário também considerar a dignidade em uma dimensão comunitária, social, e por também estarem inseridos em uma comunidade, há se ser reconhecido os valores consagrados pela comunidade (SARLET, 2005).

Na Constituição Federal de 1988, a dignidade da pessoa humana está elencado no rol de direitos fundamentais, configurando assim condição de fundamento da República Federativa do Brasil, sendo o alicerce principal de sua estrutura. Assim, a dignidade da pessoa humana constitui categoria jurídica fundamental revestida de normatividade, garantidora da plena eficácia atual na vida da população brasileira (GOLDSCHMIDT, 2009).

Como valor inerente da pessoa humana, a dignidade não pode sofrer violações, pois se trata de um valor insubstituível, portanto, como valor normativo fundamental resguardado pela nossa Carta Magna atrai o conteúdo de todo rol de direitos fundamentais do homem e está garantida também em outros instrumentos de grande importância, como a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Nesse sentido Goldschmidt (2009), assegura que a revolução industrial e as duas grandes guerras mundiais, evidenciaram exemplos clássicos que feriram a dignidade humana. Portanto, fez-se necessário trazer instrumentos que protegessem essa dignidade. Foi assim que surgiu o Tratado de Versalhes (1919) e a Declaração Universal dos Direitos Humanos que são exemplos dessa inserção da ideia de dignidade da pessoa humana dentro do mundo jurídico, ou seja, meios de proteção à essa dignidade. Tanto é, que a Declaração Universal dos Direitos Humanos é um normativo ampliado garantidor dos direitos individuais e sociais fundamentais, norteando portanto alguns países dentre esses rol de direitos, inclusive no Brasil.

Piovesan (2004, p. 146), analisa a importância desse instrumento nos seguintes termos:

A Declaração Universal de 1948 objetiva delinear uma ordem pública mundial fundada no respeito à dignidade humana, ao consagrar valores básicos universais. Desde seu preâmbulo, é afirmada a dignidade inerente a toda pessoa humana, titular de direitos iguais e inalienáveis. Vale dizer, para a Declaração Universal a condição de pessoa é o requisito único e exclusivo para a titularidade de direitos. A universalidade dos direitos humanos traduz a absoluta ruptura com o legado nazista, que condicionava a titularidade de direitos à pertinência à determinada raça (a raça pura ariana). A dignidade humana como fundamento dos direitos humanos é concepção que, posteriormente, vem a ser incorporada por todos os tratados e declarações de direitos humanos, que passam a integrar o chamado Direito Internacional dos Direitos Humanos.

A dignidade da pessoa humana encontra-se ligada diretamente aos direitos fundamentais, por meio de aspectos individuais, sociais e políticos. Trata-se de um conjunto de garantias que visam salvaguardar a subsistência física, a liberdade do ser humano e a proteção ao ser humano de

atos degradantes, objetivando condições mínimas para uma vida saudável - sendo, por isso, certo que o conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana vai muito além de valor ético e moral.

Nesse sentido, a dignidade seria algo pertencente a cada um, assim não se pode ser perdida ou alienada, já que não haveria mais limites a serem respeitados. Como atividade de prestação do Estado, a dignidade da pessoa reclama que este guie as suas ações, tanto no sentido de preservar a dignidade existente, quanto objetivando a promoção desta. Em especial do sentido de criar condições que possibilitem o pleno exercício e fruição da dignidade, sendo esta dependente da ordem comutária, já que há de se buscar até que ponto é possível ao indivíduo realizar ele próprio, parcial ou totalmente suas necessidades existenciais básicas ou se necessita para tanto do concurso do Estado ou da comunidade (SARLET, 2005).

Importante trazer à baila a lição de Goldschmidt (2009, p. 75-76), quando traz que não só o Estado deve oferecer meios que protejam a dignidade da pessoa humana, mas também de forma concomitante o próprio cidadão, a sociedade civil em si. Cita como exemplo as ONGs (Organizações Não-governamentais) que sozinhas ou com a ajuda do Estado trazem esse intuito de proteção ao princípio da dignidade humana.

Neste contexto a dignidade humana é, portanto, imposta como uma obrigação, devendo o Estado e outras entidades adotarem medidas necessárias para resguardar esse princípio-direito, não apenas conferindo o acesso ao trabalho, mas também que a atividade laborativa seja executada em condições decentes, com um ambiente de trabalho saudável, de forma a preservar e garantir a dignidade, que está diretamente ligada à vida do ser humano.

4 MEIO AMBIENTE DE TRABALHO SAUDÁVEL

A Constituição Federal de 1988, tutela o meio ambiente de trabalho baseando sua proteção no princípio da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, Rocha (1997, p. 30) dispõe:

É possível conceituar o meio ambiente do trabalho como a ambiência na qual se desenvolvem as atividades do trabalho humano. Não se limita ao empregado; todo o trabalhador que cede a sua mão de obra exerce sua atividade em um ambiente de trabalho. Diante das modificações porque passa o trabalho, o meio ambiente laboral não se restringe ao espaço interno da fábrica ou a empresa, mas se estende ao próprio local da moradia ou ao ambiente urbano.

Ou seja, quando se fala em meio ambiente do trabalho, não se pode ficar restrito apenas à relação obrigacional, ou, aos limites físicos de uma empresa, já que a saúde e o meio ambiente equilibrado é um dos direitos dos trabalhadores. Ainda, o meio ambiente de trabalho comporta o complexo de bens móveis e imóveis 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 (SILVA, 1999).

Por meio da Convenção n. 155 da OIT, ratificada pelo Brasil e colocada em vigor pelo Decreto n. 1.254 de 1994, que o meio ambiente de trabalho passou a assumir grande importância,

quando se adotou a ideia de abordagem integrativa acerca do meio ambiente de trabalho⁵. Assim, a ocorrência do dano moral ao trabalhador emerge na razão direta das condições do meio ambiente do trabalho.

Ademais, além de sua expressa contemplação em norma constitucional, esse conceito nasce também da interpretação sistemática da Lei Maior, conforme art. 1º, incisos III e IV,⁶ e, ainda, o artigo 170, inciso IV⁷ da Constituição Federal e o artigo 7º, inciso XXVIII e XXIII⁸ do mesmo diploma legal.

A Lei Orgânica da Saúde, Lei 8.080/90 em seu art. 3º⁹ dispõe que a saúde tem como fatores determinantes o meio ambiente e o trabalho. Sendo assim, a ocorrência de acidente de trabalho fere o direito à saúde e o direito à vida, interferindo na preservação do meio ambiente laboral, que é um fator relevante na prevenção dos acidentes de trabalho para a efetivação de um trabalho digno.

A Constituição Federal em seu artigo 225¹⁰ destaca que todas as pessoas possuem direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, saudável, impondo ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo. Com isso, o empregador no contrato de trabalho deve observar, além das Convenções da OIT, as Normas Regulamentadoras que especificam as diretrizes gerais previstas na Consolidação das Leis do Trabalho para que haja prevenção ou proteção ao meio ambiente de trabalho.

Portanto, se descumprir as prestações que dele se exigem, poderá ser responsabilizado pelos danos provocados à saúde do trabalhador, na ocorrência de acidentes do trabalho e doenças ocupacionais. No mesmo sentido, Silva (1999, p. 59) dispõe:

⁵ Dispõe o artigo 4º da Convenção n. 155 da OIT: Artigo 4 - 1. Todo Membro deverá, em consulta com as organizações mais representativas de empregadores e de trabalhadores, e levando em conta as condições e as práticas nacionais, formular, pôr em prática e reexaminar periodicamente uma política nacional coerente em matéria de segurança e saúde dos trabalhadores e o meio-ambiente de trabalho.

⁶ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

III - a dignidade da pessoa humana.

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa

⁷ Artigo 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios.

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

⁸ Artigo 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social.

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.

XXIII - adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei.

⁹ Artigo 3º 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.”

¹⁰ Artigo 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.

No estágio atual, o meio ambiente de trabalho envolve não apenas aspectos físicos, como organização do setor produtivo (colocação e proteção contra as máquinas, equipamentos e demais utensílios utilizados pelo trabalhador) e o controle e fiscalização dos produtos manejados na prestação dos serviços, mas também, a organização empresarial sob o prisma das comunicações internas ou melhor, do relacionamento entre superiores hierárquicos e subordinados ou mesmo entre colegas de trabalho. Em outras palavras, cuida-se também da saúde mental do trabalhador, procurando-se efetuar um controle sobre o ambiente “psicossocial” no interior do estabelecimento do empregador.

Em que pese, toda a normativa inserida é relevante destacar que a efetividade com o objetivo de buscar um ambiente laboral saudável (busca efetiva de uma vida digna, do princípio da dignidade humana), concretização fático-social, não depende só do Estado, e sim também de toda sociedade. No mesmo sentido, Bobbio (1992, p. 12), aponta que o os direitos fundamentais, inclusive, o de um meio ambiente de trabalho saudável, de nada serviria se não fossem efetivados.

Assim, no que tange aos meios de efetivação para busca de um ambiente do trabalho saudável, pode-se citar o trabalho exercido pelo Ministério Público do Trabalho, que tem por função institucional 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, conforme artigo 129, III¹¹ da Constituição Federal e artigo 83, incisos I, III, IV e XII¹² da Lei Complementar de n. 75 de 20 de maio de 1993.

Também, outro meio de efetivação está inserido na atuação do Ministério do Trabalho e Emprego em promover inspeções quanto à segurança e saúde no ambiente de trabalho, e também a atuação por associações e Sindicatos dos Trabalhadores, no que diz respeito à defesa de seus membros e a União (INSS-Instituto Nacional de Seguridade Social), que possui interesse na prevenção e no ressarcimento, caso ocorra acidentes de trabalho, trazendo assim à atuação repressiva e/ou ressarcitória, com a função jurisdicional disponível.

Portanto, é dever do Estado e da sociedade proteger o meio ambiente de trabalho, cabendo ao empregador oferecer proteção ao meio ambiente de trabalho, visando atingir a qualidade de vida para o trabalhador, uma vez que se o ambiente de trabalho integra o meio ambiente geral, o empregado tem o direito de encontrar condições que lhe assegurem uma boa qualidade de desempenho de sua atividade laboral com dignidade.

¹¹ Artigo 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.

¹² Artigo 83. Compete ao Ministério Público do Trabalho o exercício das seguintes atribuições junto aos órgãos da Justiça do Trabalho:

I - promover as ações que lhe sejam atribuídas pela Constituição Federal e pelas leis trabalhistas.

III - promover a ação civil pública no âmbito da Justiça do Trabalho, para defesa de interesses coletivos, quando desrespeitados os direitos sociais constitucionalmente garantidos.

IV - propor as ações cabíveis para declaração de nulidade de cláusula de contrato, acordo coletivo ou convenção coletiva que viole as liberdades individuais ou coletivas ou os direitos individuais indisponíveis dos trabalhadores.

XII - requerer as diligências que julgar convenientes para o correto andamento dos processos e para a melhor solução das lides trabalhistas.

5 CRITÉRIOS DA FIXAÇÃO DA INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL COMO FORMA DE PROTEÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E OS DANOS PUNITIVOS (PUNITIVE DAMAGES)

A partir do advento da Constituição Federal do ano de 1988, admitiu-se de forma expressa a compensação dos danos extrapatrimoniais, o que resultou na reparabilidade do dano puramente moral. Nesta situação, aplica-se o artigo 5º, incisos V e X¹³ da Carta Magna antes de ser regulamentado pelo instituto da responsabilidade civil, trazendo assim um condão puramente constitucional, visto que a lesão praticada fere diretamente os direitos à honra, vida privada, imagem, dentre outros, patrimônio este personalíssimo, criado e regulamentado pela Constituição Federal.

O dano moral, segundo construção doutrinária e jurisprudencial dominante, é uma espécie de lesão extrapatrimonial, sem valor econômico, que atinge as características intrínsecas do sujeito, aquelas que constituem os direitos personalíssimos, iluminados pelo princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. É lesão de bem integrante da personalidade, tal como a honra, a liberdade, a saúde, a integridade psicológica, causando dor, sofrimento, e humilhação à vítima (CAVALIERI FILHO, 2007).

Sendo assim, a reparação do dano é o uma determinação que caracteriza a responsabilidade civil, e deve possuir acessoriamente uma função punitiva e preventiva (DELGADO, 2007). Em relação ao quantum debateur, deve-se ressaltar que o atual Código Civil ao disciplinar a quantificação da reparação do dano, dispõe em seu artigo 944, parágrafo único¹⁴ verdadeira norma principiológica ao prescrever que a indenização é medida pela extensão do dano, podendo assim o juiz fazer uso da equidade se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, regra também contida no art. 953¹⁵ do mesmo diploma Legal.

Ou seja, sempre que o caso concreto se referir a dano da personalidade, e, portanto, não patrimonial, não há regra jurídica que discipline a quantificação de indenização de modo tarifário, como o faz nos casos de danos patrimoniais, onde se calcula exatamente o desfalque sofrido no patrimônio da vítima e a indenização consistirá no seu exato montante. Desse modo, incumbe ao juiz a fixação da indenização por danos morais, tarefa para a qual deve-se considerar a influência dos avanços sociais e a centralidade do conceito do princípio da dignidade da pessoa humana em nosso ordenamento jurídico, já que a legislação vigente não aplica o sistema tarifado e sim um sistema aberto quando da fixação da indenização pelo dano moral sofrido, conforme súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.¹⁶

¹³ Artigo 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

V - é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem.

X - são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

¹⁴ Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

Parágrafo único. Se houver excessiva desproporção entre a gravidade da culpa e o dano, poderá o juiz reduzir, equitativamente, a indenização.

¹⁵ Artigo 953 A indenização por injúria, difamação ou calúnia consistirá na reparação do dano que delas resulte ao ofendido.

¹⁶ A indenização por dano moral não está sujeita à tarifação prevista na Lei de Imprensa.

Destaca-se que então, em primeiro plano, a fixação da indenização do dano moral possui um caráter reparatório ao agente lesionado, em segundo plano, deve cumulativamente, possuir um caráter punitivo e pedagógico que visa a prevenir novas ocorrências danosas. A indenização por dano moral não é um remédio para produzir a cura do mal, mas sim um calmante, sua utilização não irá suprimir o passado, mas sim melhorará o futuro (GONÇALVES, 1957).

É a partir desse raciocínio que resulta inexorável a premissa segundo a qual a indenização deve ser fixada em montante capaz de produzir no ofendido uma sensação contrária à dor, à angústia, à tristeza e que de certa forma lhe traga alguma alegria de viver e algum conforto material, mas o arbitramento deve aproximar-se do que seja prudente e equitativo.

Desse forma, o juiz deve se apoiar em parâmetros relevantes de decisão, quais sejam: o nível econômico do ofendido; o porte econômico do ofensor; a gravidade da ofensa (lesão); o grau de culpa (leve, grave ou gravíssima); o bem jurídico tutelado (integridade física); a extensão e duração objetiva dos efeitos da ofensa; a possibilidade de superação física e psicológica da ofensa (possível, no caso); a inexistência de retratação pela lesão; efetivo esforço tendente a minimizar a ofensa ou a lesão; que a reparação civil não compreende apenas a reparação à vítima, mas igualmente comporte um caráter pedagógico pela punição, que deve servir de exemplo para evitar que o ato culposos não torne a suceder. Logo, o juiz no momento da fixação da indenização deverá analisar as circunstâncias de cada caso, decidindo com moderação e fundamentação (DINIZ, 2012).

A vítima de uma lesão sem cunho patrimonial efetivo, porém, tendo sido violado seu bem jurídico que é o mais valioso do que a integridade física, conseqüentemente influenciando a sua condição de vida, deve receber uma soma que lhe compense a dor ou o sofrimento, a ser arbitrada pelo juiz, atendendo às circunstâncias de cada caso, e tendo em vista as posses do ofensor e a situação pessoal do ofendido. Nem tão grande que se converta em fonte de enriquecimento, nem tão pequena que se torne inexpressiva (ASSIS, 2001).

Diante disso, a teoria do desestímulo ou punitivedamages, vem ganhando espaço no nosso ordenamento jurídico, conforme verifica-se inclusive do Projeto de Lei 276/2007 que tem como objetivo a mudança do artigo 944¹⁷ do Código Civil Brasileiro, trazendo a ideia de que a reparação civil existiria também para desestimular o praticante. No mesmo sentido, verifica-se o Enunciado de n. 379 da IV Jornada de Direito Civil, que dita; “[...] não afasta a possibilidade de se reconhecer a função punitiva ou pedagógica da responsabilidade civil” (Artigo 944, caput, Código Civil de 2002).

Essa teoria é adotada nos Estados Unidos, e faz referência à ideia de reparação quando se tratar do pedido de dano moral. Com isso, não deve possuir apenas um caráter indenizatório ou punitivo, mas também esse caráter pedagógico, ou seja, punir e ensinar. Em outras palavras, a indenização punitiva propõe que a indenização arbitrada tenha duas funções, qual seja: punir o agente causador do delito e também inibir a prática danosa à determinado direito, trazendo assim uma funcionalização (função social) da reparação civil, somando ao caráter punitivo, um caráter pedagógico da reparação civil.

No mesmo sentido, Moraes (2003, p. 218-219) explica:

¹⁷ Artigo 944. A indenização mede-se pela extensão do dano.

A função punitiva da reparação do dano moral embora não adotada pelo legislador ordinário, vem encontrando, surpreendentemente, numerosos adeptos no Brasil, tanto na doutrina como na jurisprudência atual. De fato não são poucos os que hoje afirmam que a satisfação do dano moral visa, além de atenuar o sofrimento injusto, desafrontar o inato sentimento de vingança, retribuindo o mal com o mal; prevenir ofensas futuras, fazendo com que o ofensor não deseje repetir tal comportamento; e servir de exemplo, para que tampouco se queira imitá-lo. Diz-se, então, que a reparação do dano moral detém um duplo aspecto, constituindo-se por meio de um caráter compensatório, para confortar a vítima, ajudando a sublinhar as aflições e tristezas do dano injusto, e de caráter punitivo, cujo objetivo em suma, é impor uma penalidade exemplar ao ofensor, consistindo esta na diminuição de seu patrimônio material e na transferência da quantia para o patrimônio da vítima.

De acordo com Rosenvald (2014), não é possível reduzir a função da responsabilidade civil somente à finalidade reparatória, sobretudo à luz de diversos critérios de imputação de danos. O instituto da responsabilidade civil deve trazer uma função de instrumento no controle social e difuso no confronto de atividades potencialmente lesivas, seja conjuntamente, em substituição ou em suplência aos tradicionais instrumentos administrativos ou penais, já que o lesado quer obter um ressarcimento de seu dano individual e não somente a remoção das condições que provocaram aquele dano individual.

Observa que atualmente o instituto da responsabilidade civil, é apenas uma indenização que possui como objetivo somente a reparação do dano, ou seja, dar ao lesado apenas o que lhe foi tirado e mais nada, não objetivando uma indenização que de fato iniba a atuação do ofensor. Ora, o dano já houve, então a indenização teria um caráter meramente sucessivo, ou seja, haverá unicamente o restabelecimento do status quo ante. Por isso, que há de ser tomadas medidas preventivas, trazendo assim esse caráter preventivo, com o objetivo de trazer a inibição de condutas lesivas semelhantes, e um caráter punitivo, voltado a penalizar o agente que, agindo de modo temerário, lesa direitos alheios. Infelizmente, hoje dentro do nosso sistema atual, quando falamos desse caráter indenizatório, temos tão somente o ressarcimento e a compensação, o que vem sofrendo uma mudança ainda tímida na doutrina e jurisprudência, a fim de trazer a aplicação da teoria do *punitivedamages*.

Dentro dessa temática, não há como se aprofundar ao tema de estudo aqui proposto sem mencionar a existência do princípio da dignidade da pessoa humana, já que vivemos em um Estado Democrático de Direito, conforme artigo 1º, III¹⁸ da Constituição Federal, assim imperioso trazer à baila a contribuição do princípio da dignidade da pessoa humana como valor ético básico do ordenamento jurídico brasileiro a fim de garantir, conseqüentemente, a devida defesa às violações de cunho pessoal extrapatrimoniais.

O ser humano deve receber tratamento digno que lhe é merecido, pois é titular de uma individualidade que o torna singular e digno de respeito (GOLDSCHMIDT, 2012). Assim, o trabalha-

¹⁸ Artigo 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:
III - a dignidade da pessoa humana.

dor não pode ter sua moral prejudicada, já que é um dos bens mais precioso do ser humano. Nesses casos, o direito a indenização surge quando esse bem é violado ou acontece algum prejuízo.

A intimidade, a honra da pessoa, tem proteção na nossa Carta Magna, e sua violação é vedada, se houver tal violação, viabiliza-se a vítima justa reparação. Portanto, a partir do momento que ocorre um acidente de trabalho o empregador é obrigado a prestar o ressarcimento pelo dano que o obreiro sofreu, entre tais a indenização pelo dano moral, buscando o julgador trazer a aplicabilidade do caráter punitivo e pedagógico na fixação da indenização oriunda do acidente de trabalho.

A não observância do caráter punitivo e pedagógico acarreta prejuízos não só às vítimas, mas a toda coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do trabalhador, bem como a inibição de lesões futuras, eis que além de acalmar a dor do lesionado este instituto promove a prevenção, restabelecendo assim o equilíbrio no meio ambiente laboral.

Assim, hoje se busca alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil, no sentido tentarmos trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitiva e preventiva que a sanção civil deve ter, é que se questiona a aplicação do chamado danos punitivos.

6 CONCLUSÃO

Sabemos que os princípios são basilares quando falamos da estrutura do nosso sistema jurídico. Assim, pode-se dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é de extrema importância, pois ele indica que estamos inseridos dentro do que seria um Estado Democrático de Direito. Nesse sentido, tal princípio deve ser resguardado em todas as relações jurídicas, já que um dos seus objetivos é trazer uma efetividade no que tange aos direitos fundamentais, incluindo daí também os direitos sociais. Logo, somente com a observância do princípio da dignidade humana é que teremos uma sociedade igualitária, elastecendo essa proteção a todos os seres humanos, em busca de uma efetiva justiça social igualitária.

A dignidade da pessoa humana só será respeitada quando forem respeitados e realizados os direitos fundamentais. Nesse sentido, para que de fato dentro das relações de trabalho, esse princípio seja respeitado, é necessário trazer um meio ambiente de trabalho saudável, a fim de se evitar qualquer tipo de acidente de trabalho, ou outras doenças que podem acometer o trabalhador, já que essa dignidade está intimamente ligada com outros valores e deve ser preservada sempre, incluindo assim as relações de trabalho.

Logo, quando o trabalhador se vê prejudicado dentro do seu ambiente do trabalho, este pode utilizar-se do instituto da responsabilidade civil, buscando assim uma indenização a título de dano moral, já que referido instituto tem o condão de trazer uma reparação sempre que ocorrer o cometimento de um dano.

Hoje no que tange ao sistema de reparação do dano moral, se busca trazer a teoria dos danos punitivos, ou seja, o julgador ao arbitrar um valor a título de dano moral, deveria trazer esse caráter punitivo e pedagógico, ou seja, punir e ensinar o agressor para que não cometa mais determinado ato ilícito.

A não observância desse caráter punitivo e pedagógico traz prejuízos não só às vítimas, mas a toda sociedade, coletividade, uma vez que sua aplicabilidade é de suma importância, tendo em vista a proteção dos direitos fundamentais e garantias constitucionais do trabalhador, como vista à proteção da dignidade humana, bem como a inibição de lesões futuras, eis que além de acalmar a dor do lesionado este instituto promove a prevenção, restabelecendo assim o equilíbrio no meio ambiente laboral.

Assim, hoje se busca alternativas dentro do instituto da responsabilidade civil, no sentido de trazer uma solução de maior eficácia ao sistema de responsabilidade civil atual, e tendo em vista a necessidade de se dar mais ênfase às funções punitiva e preventiva que a sanção civil deve ter, é que se questiona a aplicação do chamado danos punitivos.

Portanto, caberá ao bom senso de cada julgador, avaliar os casos e aplicar indenizações condizentes com as propriedades pertinentes ao dano moral, visando à proteção dos direitos e garantias constitucionais no presente e no futuro, sem esquecer de trazer essa proteção ao princípio da dignidade humana.

THE INSTITUTE OF CIVIL RESPONSABILITY AND INDEMNITY FIXING CRITERIA IN MORAL DAMAGES IN THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF HUMAN DIGNITY

ABSTRACT

This research aims to make the analysis of the liability institute, covering the factors that characterizes what would be a healthy working environment, it also will be considered the issues of pain and suffering and what criteria the judge must observe when fixing the quantum of indemnity. In this regard, the observation and confirmation of the possibility of applying the punitive and preventive character, also called punitive damages. As part of this study it will be analyzed the influence of the liability institute factors, establishing the applicability of the same, as the defense of fundamental rights, in particular the appreciation of the human being. It begins here the importance of the verification of the topic from the perspective of protection to our workers in the pursuit of effectiveness of safeguarding the principle of human dignity when setting the compensation for moral damage. This will be a bibliographic research, with the approach in the national reference doctrine, and the logical method of research used is inductive. Keywords: Civil Responsibility. The principle of human dignity. Criteria for setting compensation for moral damage.

REFERÊNCIAS

ASSIS, Araken. *Indenização por dano moral*. Disponível em: <<http://www.amdjus.com.br/doutrina/civil/236.htm>>. Acesso em: 02 abr. 2015.

AZEVEDO, Álvaro Vilaça. *Teoria geral das obrigações: responsabilidade civil*. 10. ed. São Paulo: Atlas, 2004.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. 8. ed. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRANDÃO, Cláudio. *Acidente do Trabalho e Responsabilidade Civil do Empregador*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2009.

BRASIL. *Código Civil*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2012/l10406.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

BRASIL. Lei n. 8.080/90, de 19 de setembro de 1990. Dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde, a organização e o funcionamento dos serviços correspondentes e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 20 set. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8080.htm>. Acesso em: 02 abr. 2015.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Programa de Responsabilidade Civil*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

CUNHA GONÇALVES, Luiz da. *Tratado de Direito Civil: em comentário ao Código Civil português; adaptação ao direito brasileiro completada sob supervisão dos Ministros Orozimbo Nonato, Costa Manso e Vicente Ráo*. v. 12, t. 2. São Paulo: Max Limonad, 1957.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008.

DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2007.

DIAS, José de Aguiar. *Cláusula de não indenizar*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

DINIZ, Maria Helena. *Curso de direito civil brasileiro: responsabilidade civil*. 26. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

GALVÃO TELLES, Inocêncio. *Direito das obrigações*. Coimbra: Ed. Coimbra, 1997.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTR, 2009.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Responsabilidade Civil*. 14. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

LISBOA, Roberto Senise. *Manual elementar de direito civil: obrigações e responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 1999.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra, 1991.

MORAES, Maria Celina Bodin de. *Danos à pessoa humana. Uma leitura civil-constitucional dos Danos morais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

NELSON, Rosenvald. *As funções da responsabilidade civil*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Indenizações por acidente de trabalho ou doença ocupacional*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2008.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

REALE, Miguel. *Lições preliminares de Direito*. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *Direito de Todos e para Todos*. Belo Horizonte: Forum, 2004.

ROCHA, Julio Cesar de Sá da. *Direito ambiental e meio ambiente do trabalho: dano, prevenção e proteção jurídica*. São Paulo: LTR, 1997.

SAMPAIO, Francisco José Marques. *Evolução da responsabilidade civil e reparação de danos ambientais*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SILVA, José Afonso da. *Direito Ambiental Constitucional*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, Luiz Cláudio. *Responsabilidade civil: teoria e prática das ações*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

SOUZA, Wendell Lopes Barbosa de. *A responsabilidade civil objetiva fundada na atividade de risco*. São Paulo: Atlas, 2010.

O DIREITO FRATERO COMO MECANISMO HERMENÊUTICO NA TÉCNICA DE SOPESAMENTO ALEXYANA: RESPOSTA AO CONFLITO EPISTÊMICO ENTRE DIREITO DIFUSO AO MEIO AMBIENTE DE QUALIDADE E OS DESAFIOS DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO

Jaime Leonidas Miranda Alves*
Bruno Valverde Chahaira**

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo a análise do direito fraterno como elemento interpretativo no que tange à proteção do meio ambiente de qualidade, bem elevado à condição de interesse jurídico constitucionalmente tutelado a partir da promulgação da Carta de 1988. Nesse diapasão, por meio da utilização da dialética - que possibilita a contradição epistemológica de contradições - e do método jurídico-filosófico da hermenêutica constitucional, após compreender o direito fraterno como proposta de novo modo de pensar o Direito, buscar-se-á uma releitura dos limites razoáveis de exploração do meio ambiente em detrimento do interesse econômico, sob a égide de um pensamento fraterno. A pesquisa se justifica na medida em que, frequentemente, entram em conflito o interesse difuso ao meio ambiente de qualidade e o direito à exploração econômica, devendo-se desenvolver a melhor tese no que tange ao seu sopesamento diante do caso em concreto. É nesse sentido que o fenômeno jurídico social deve ser observado sob o crivo da teoria constitucional mais adequada ao lócus da análise, nesse caso, a pós-modernidade e seus desafios, que, espera-se, serão respondidos pela utilização do direito fraterno, teoria que irradia comandos de solidariedade, boa-fé objetiva e conduta proba e vem como evolução da clássica teoria dos direitos fundamentais no que tange à busca pelos aspectos eficacionais da tutela coletiva. Palavras-chave: Desenvolvimento econômico. Direito fraterno. Interesses metaindividuais. Tutela coletiva do meio ambiente.

1 INTRODUÇÃO

A teoria em torno dos direitos fundamentais vem desenvolvendo-se ao longo do tempo no mister de acompanhar os avanços e retrocessos sociais. Nesse sentido, quando se tem a pós-modernidade e seus desafios como lócus no qual apresentam-se as manifestações fenomenológicas das relações jurídicas e sociais, mister se faz compreender o fenômeno sob lentes diversas, surgindo, daí, novas maneiras de conhecer e interpretar o Direito.

É nesse diapasão que toda a estrutura dos direitos fundamentais é repensada, saindo o indivíduo do centro da tutela jurídica, dando lugar às coletividades. Tal é apenas um dos vários elementos que marcam o advento do neoconstitucionalismo no Ocidente - aqui, para ser mais específico, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988.

Esse cenário possibilita a discussão dos direitos metaindividuais, que abarcam em seu conceito os interesses coletivos, individuais homogêneos e difusos. É nesse último grupo que recai

* Graduando em Direito pela Universidade Federal de Rondônia; Técnico judiciário do Tribunal de Justiça do Estado de Rondônia; jaime_lmiranda@hotmail.com

** Doutorando em Direito Constitucional pela Universidade Federal de Rondônia; Mestre em Direito Negocial; Membro do Centro de Estudos Jurídicos da Amazônia; Avenida Presidente Dutra, 2965, Centro, 76801-974, Porto Velho, Rondônia, Brasil; professorbrunodireito@hotmail.com

o interesse ao meio ambiente de qualidade como direito fundamental, que, quiçá, consubstancia-se como uma das maiores conquistas do paulatino evoluir das teorias constitucionais.

Não obstante o reconhecimento do direito ao meio ambiente de qualidade como direito fundamental, ainda nos dias de hoje subsiste o conflito hermenêutico entre sua aplicação, que pressupõe uma política de prevenção, face o interesse econômico.

A presente pesquisa pretende responder à questão de como proceder frente ao conflito entre a preservação ambiental e a necessidade de buscar o desenvolvimento econômico aliando a técnica de sopesamento principiológico alexyana, que, *prima facie*, nega a aplicação *all-or-nothing* com um novo modo de pensar o direito que ganha, cada vez mais adeptos na doutrina abalizada: a teoria do direito fraterno.

A proposta do direito fraterno busca interpretar os fenômenos jurídicos e sociais consoante aquilo que é naturalmente razoável, vale dizer, ancorado na boa-fé objetiva, na solidariedade e na moral e vem sendo compreendida como o giro hermenêutico que justifica toda a busca por efetividade à tutela coletiva.

Por fim, no que tange à metodologia, os fenômenos objeto do estudo - direito fraterno, tutela constitucional do meio ambiente e os limites do desenvolvimento econômico - serão analisados firme à técnica dialética, o que possibilita a epistemologia das contradições e a indagação respondida consoante os pilares da hermenêutica constitucional.

2 O DIREITO FRATERNO COMO PROPOSTA DE NOVO PARADIGMA JURÍDICO

A Revolução Francesa¹ foi um movimento burguês pautado por três grandes baluartes: *liberté, égalité et fraternité*. Malgrado as conquistas auferidas pela burguesia no fim do Século XVIII, os três primados da dita revolução tiveram um significado muito mais amplo, no tocante aos direitos e garantias inerentes ao homem.²

Desta feita, o constitucionalismo é pacífico em dividir os direitos humanos em dimensões, sendo que as três dimensões clássicas possuem correlação direta com a liberdade, igualdade e fraternidade.

Primeiramente, contudo cumpre fazer uma breve trajetória dos direitos fundamentais como direitos humanos.

Nessa esteira, os direitos de primeira geração se apresentam como “[...] direitos dos indivíduos frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de

¹ Com a Revolução Francesa, entrou prepotentemente na imaginação dos homens a ideia de um evento político extraordinário que, rompendo a continuidade do curso histórico, assinala o fim último de uma época e o princípio primeiro de outra. Duas datas, muito próximas entre si, podem ser elevadas a símbolos desses dois momentos: 4 de agosto de 1789, quando a renúncia dos nobres aos seus privilégios assinala o fim do antigo regime feudal; 26 de agosto, quando a aprovação da Declaração dos Direitos do Homem marca o princípio de uma nova era. Não vale a pena sublinhar, por ser muito evidente, o fato de que uma coisa é o símbolo e a outra é a realidade dos eventos gradativamente examinados por historiadores cada vez mais exigentes. Mas a força do símbolo [...] não desapareceu com o passar dos anos (BOBBIO, 2004, p. 123).

² A evolução histórica permite reconhecer duas linhas: por um lado, os direitos fundamentais são entendidos como direitos (humanos) do indivíduo anteriores ao Estado: a liberdade a igualdade dos indivíduos são condições legitimadoras da origem do Estado, e os direitos à liberdade e à igualdade vinculam e limitam o exercício do poder do Estado. Por outro lado, [...], também se entendem como fundamentais os direitos que cabem ao indivíduo não já como ser humano, mas apenas enquanto membro do Estado, direitos que não são anteriores ao Estado, mas que só são outorgados pelo Estado (PIEROTH; SCHLINK, 2011, p. 46, grito do autor).

não-intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face do seu poder.” (SARLET, 2002, p. 50). Direitos de primeira geração se consubstanciam tipicamente na forma de direito à liberdade.³

Afora a classificação de direitos de primeira dimensão como direito à liberdade, Pieroth e Schlink (2011, p. 60) lhes conferem o status negativo. Aponta que os direitos de primeira geração são detentores de eficácia negativa, conquanto o pode particular resolver os seus problemas individuais sem a atuação do Estado. São, portanto, direitos de defesa, uma vez que “[...] protegem determinadas liberdades ou bens jurídicos contra as ingerências, restrições, limitações ou violações do Estado.” (PIEROTH; SCHLINK, p. 60). Com efeito, pode-se exigir que as ingerências, caso tenham ocorrido, sejam eliminadas.

Já os direitos de segunda dimensão correspondem ao ideal de igualdade⁴ - em seu sentido material - porquanto necessitam de uma atuação positiva por parte do Poder Público para que se veja materializada sua eficácia. Nesse diapasão, obtempera o Min. Gilmar Mendes (2012, p. 55):

O ideal absenteísta do Estado liberal não respondia, satisfatoriamente, às exigências do momento. Uma nova compreensão do relacionamento Estado/sociedade levou os Poderes Públicos a assumir o dever de operar para que a sociedade lograsse superar as suas angústias estruturais.

Coincidem com os direitos de segunda dimensão os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 no capítulo II do título II. São definidos por Silva (2011, p. 286) como parcelas positivas proporcionadas pelo Estado de maneira direta ou indiretamente, “[...] enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais.”

Nesse diapasão, retorna-se à teoria defendida por Pieroth e Schlink (2011, p. 61) para quem a segunda dimensão de direitos é caracterizada por seu status positivo, visto que “[...] depende de medidas do Estado para a criação e conservação da sua existência livre. Esse estado encontra-se conformado e assegurado nos direitos fundamentais quando e na medida em que sejam direitos de reivindicação, de proteção [...]”

³ “Num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, os chamados direitos de primeira geração. (BOBBIO, 2004, p. 32) Estes são os direitos individuais e “foram reconhecidos para a tutela das liberdades públicas, em razão de haver naquela época uma única preocupação, qual seja, proteger as pessoas do poder opressivo do estado (CUNHA JÚNIOR, 2002, p. 617-618).

⁴ *El El primer movimiento socialista se reivindicaron derechos de protección y de prestación a favor de los obreros como derechos humanos de los trabajadores, derechos que más tarde se introdujeron en parte en los programas de los partidos socialistas, entre otros en el Programa de Gotha y de Enfurt de la social-democracia alemana. Eran la respuesta a la situación y a La miséria social de los trabajadores que se produjo como consecuencia del proceso de industrialización y por obra del modelo liberal de ordenamiento de la sociedad burguesa. Em el movimiento socialista posterior, sobre todo em la Revolución bolchevique em Rusia, los derechos fundamentales sociales como derechos fundamentales de los trabajadores desposeídos se opusieron a los derechos fundamentales burgueses. Materialmente son derechos sociales de participación em los bienes materiales humanos y como tales se contrapusieron se conscientemente a los derechos fundamentales de libertad y a la garantía de la propiedad, que aparecían como derechos fundamentales de la clase burguesa propietária (BÖECKENFÖRDE, 1993, p. 72).*

Por fim, chega-se à noção dos direitos fundamentais de terceira dimensão, foco desse estudo, malgrado a doutrina mais avançada já tenha elaborado conceitos de direitos de quarta⁵ e também quinta⁶ dimensão. Os direitos de terceira dimensão são atrelados à fraternité, de titularidade de toda a coletividade e, visam resgatar a questão da tridimensionalidade do direito.⁷ Segundo Bonavides (2006, p. 569):

Com efeito, um novo pólo jurídico de alforria do homem se acrescenta historicamente aos da liberdade e da igualdade. Dotados de altíssimo teor de humanismo e universalidade, os direitos da terceira geração tendem a cristalizar-se no fim do século XX enquanto direitos que não se destinam especificamente à proteção dos interesses de um indivíduo, de um grupo ou de um determinado Estado. Tem primeiro por destinatário o gênero humano mesmo, num momento expressivo de sua afirmação como valor supremo em termos de existencialidade concreta.”

Sobre a fraternidade, vale-se da lição de Pozzoli et al. (2012, p. 18) para quem a fraternidade é tida como mecanismo apto à realização da justiça. Nesse aspecto, pontuam que a fraternidade sempre esteve presente na conduta humana, o que possibilitou que, ao longo da história, emergissem da barbaria ao convívio social.

O ideal de fraternidade escapa dos direitos de terceira dimensão, que encerra a noção da tutela coletiva, e passa a se situar no ordenamento jurídico como princípio ou norte interpretativo. Com efeito, observa-se uma construção fraternal em diversos institutos do direito ordinário, tais como a progressão continuada na seara penal e na visão atribuída modernamente à teoria geral dos contratos,⁸ na álea civil.

Quando se fala em fraternidade, portanto, está a se falar no papel dos valores na interpretação do direito positivo. Todavia, o próprio justo fraterno já se consubstanciou na forma de dever ser, como se pode observar da leitura do artigo I, da Declaração Universal dos Direitos Humanos que estabelece que todas as pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos, são dotadas de razão e consciência e devem agir em relação umas às outras com espírito de fraternidade.

Tal afirmação mostra superada a reflexão proposta por Goria (2008, p. 5) que questiona a relação entre direito e fraternidade. Defende o jurista que só é cabível falar em fraternidade na hipótese em que, de uma virada ontológica, não mais existir direito positivo. Aduz (2008, p. 5)

⁵ Entende parte da doutrina constitucionalista que quarta dimensão de direitos é relativa à bioética, tratando de questões como os limites à intervenção do homem na manipulação da vida e do patrimônio genético do ser humano.

⁶ Queremos, todavia, acrescentar um terceiro elemento constitutivo no coração da democracia: a paz, como direito fundamental de quinta geração (BONAVIDES, 2008, p. 90).

⁷ Cuida-se, na verdade, do resultado de novas reivindicações fundamentais do ser humano, geradas, dentre outros fatores, pelo impacto tecnológico, pelo estado crônico de beligerância, bem como pelo processo de descolonização do segundo pós-guerra e suas contundentes consequências, acarretando profundos reflexos na esfera dos direitos fundamentais (SARLET, 2007, p. 58).

⁸ *La socialisation du contrat, se cheville la pensée solidariste. DEMOGUE est le premier à avoir intégré la philosophie solidariste dans le champ contractuel. Dès le début du XXe siècle il remet en question le paradigme de l'autonomie de la volonté. Selon lui, "le contrat n'est pas une chose respectable en elle-même [...] le contrat est respectable en fonction de la solidarité humaine." Les contractants forment une sorte de petit microcosme. C'est une petite société où chacun doit travailler dans un but commun* (DIJOUX, 2012, p. 33).

A esse ponto, uma pergunta: o que tem a ver a fraternidade com o direito? Existem ligações, ou se trata de realidades que atuam em campos diferentes? Esta última parece uma convicção bastante difundida: muitos acham que a fraternidade só pode ser espontânea, enquanto seria típica do direito, a co-atividade. Nesse caso, acaba-se afirmando que o direito é tanto mais necessário quanto menos a fraternidade age. E, vice-versa, que uma sociedade impregnada de fraternidade poderia tranquilamente dispersar o direito, [...] Mesmo Marx, previa o desaparecimento do direito na futura sociedade sem classes.

Por conseguinte, tem-se a noção de que o direito fraterno se mostra incompatível com a teoria pura de aplicação do direito positivo, sendo verdadeira ideologia enraizada num pensamento tanto jusnaturalista quanto neoconstitucionalista.

Segundo Cunha (2009, p. 81) para que se possa compreender o direito fraterno necessita-se integrar o estudo da Ciência do Direito com as diversas áreas afins, tais como a Sociedade, a Literatura, a Retórica e a conjugação dessas ramificações, com fins a construção de uma hermenêutica não positivista que busque a solução dos conflitos numa sociedade marcada pelo multiculturalismo.

A importância regalada à fraternidade é tanta, que esta recebe tratamento constitucional, como se pode observar da leitura do artigo 3º, I, que estabelece como objetivo da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, bem como no próprio preâmbulo da Carta Política, conforme se segue:

Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil.

Nesse espeque, explana Maia (2010, p. 35-36) que o preâmbulo da Constituição Federal retrata com fidelidade o aspecto do Estado democrático de Direito e sua finalidade prima de tutelar os direitos. O trecho supra, com efeito, demonstra com clareza a interação entre as diversas dimensões de direito, tudo inter-relacionado com fins a assegurar o bem-estar à uma sociedade justa e fraterna.

Com efeito, atenta-se ao fato de que a fraternidade traz à tona a figura do mínimo ético de volta ao ordenamento jurídico, funcionando como parâmetro à hermenêutica, objetivando,

quicá, a justiça subjetiva,⁹ idealização utópica de Dworkin, em seu Estado Ideal; nos ditames de Supiot, atingir-se-ia a função antropológica do Direito.¹⁰

Por fim, imperioso destacar que o direito fraterno, no modo com que vem sido idealizado por seus defensores, se configura como paradigma responsável por balizar uma “[...] vinculação entre a dignidade da pessoa humana e o Estado Democrático de Direito” (MAIA, 2010, p. 41) visto que se trata de uma relação de conteúdo consciente e fraternal, uma vez que, havendo aproximação entre o Estado e a sociedade, o indivíduo receberá condições adequadas para o seu real desenvolvimento.

Destaca-se, que conquanto o direito fraterno se firma como paradigma a serviço da hermenêutica jurídica, tal possibilita que seja aplicado em todas as áreas do direito, principalmente naquelas que trata de interesses difusos e indisponíveis, como a questão do meio ambiente, por exemplo.

3 TUTELA CONSTITUCIONAL DO MEIO AMBIENTE COMO INTERESSE DIFUSO

Em outubro de 1988 entrou em vigor a Constituição Federal, por muitos chamada de Constituição Cidadã. O que por vezes é ignorado é que a Constituição também foi por muito tempo apelidada de Constituição Verde.

Tal fato se justifica uma vez que Constituição Federal de 1988 foi pioneira, em termos de constitucionalismo pátrio,¹¹ a dedicar todo um capítulo à tutela ambiental, com destaque ao artigo 225,¹² epicentro de toda a proteção jurídica ao meio ambiente. Não obstante o artigo retro representar verdadeiro marco na proteção ambiental, deve-se atentar ao fato de que a proteção à questão ambiental se irradia por todo o texto constitucional.

⁹ A concepção centrada no texto jurídico é, ao meu ver, muito restrita porque não estipula nada a respeito do conteúdo das regras que podem ser colocadas no texto jurídico. Enfatiza que, sejam quais forem as regras colocadas no “livro de regras”, elas devem ser seguidas até serem modificadas. Os que tem essa concepção do Estado de Direito realmente se importam com o conteúdo das normas jurídicas, mas dizem que isso é uma questão de justiça substantiva e que a justiça substantiva é um ideal diverso que não é, em nenhum sentido, parte do ideal do Estado de Direito. De muitas maneiras, é mais ambiciosa que a concepção centrada no livro de regras. Ela pressupõe que os cidadãos têm direitos e deveres morais entre si e direitos políticos perante o Estado como um todo. Insiste em que esses direitos morais e políticos sejam reconhecidos no Direito positivo, para que possam ser impostos quando da exigência de cidadãos individuais por meio de Tribunais e outras instituições jurídicas do tipo conhecido, na medida em que isso seja praticável (DWORKIN, 2005, p. 7).

¹⁰ Uma ordem jurídica só cumpre sua função antropológica se garante a todo recém-chegado à Terra, de um lado, a preexistência de um mundo já presente, que o assegure no longo termo de sua identidade, e, do outro, a possibilidade de transformar esse mundo e de lhe imprimir sua marca própria. Não há sujeito livre senão submetido a uma lei que o fundamente (SUPIOT, 2007, p. 46).

¹¹ Outras constituições reconhecem a proteção ao meio ambiente, como a Constituição do Chile de 1981, em seu art. 198, que assegura a todas as pessoas “o direito a viver em um meio ambiente livre de contaminação” e a Constituição espanhola: artigo 45: “Todos têm o direito de disfrutar de um meio ambiente adequado para o desenvolvimento da pessoa, assim como o dever de conservá-lo”. Também a Constituição boliviana que em seu art. 33 dispõe que: Las personas tienen derecho a un medio ambiente saludable, protegido y equilibrado. El ejercicio de este derecho debe permitir a los individuos y colectividades de las presentes y futuras generaciones, además de otros seres vivos, desarrollarse de manera normal y permanente.

¹² Artigo 225, da Constituição Federal: 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.

Com efeito, a Constituição de 1988 inaugurou no Brasil o advento do neoconstitucionalismo, novo paradigma constitucional que, conforme entendimento de Barroso (2006), abaixo explicitado:

O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa continental, foi o constitucionalismo do pós-guerra, especialmente na Alemanha e na Itália. No Brasil, foi a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que ela ajudou a protagonizar [...]. No caso brasileiro, o renascimento do direito constitucional se deu, igualmente, no ambiente de reconstitucionalização do país, por ocasião da discussão prévia, convocação, elaboração e promulgação da Constituição de 1988. Sem embargo de vicissitudes de maior ou menor gravidade no seu texto, e da compulsão com que tem sido emendada ao longo dos anos, a Constituição foi capaz de promover, de maneira bem sucedida, a travessia do Estado brasileiro de um regime autoritário, intolerante e, por vezes, violento para um Estado democrático de direito.

Desta feita, a tutela ambiental percebeu os reflexos de um processo maior de constitucionalização de direitos, no qual grande parte do direito ordinário passou a receber status constitucional, na medida em que “[...] a catalogação dessas previsões vai dos princípios gerais às regras miúdas, levando o leitor do espanto ao fastio. Assim se passa com o direito administrativo, civil, penal, do trabalho, processual civil e penal, financeiro e orçamentário [...]” (BARROSO, 2006, p. 17-8) e mais além.

Nessa toada, passou-se a pensar em meio ambiente de qualidade não apenas como bem jurídico constitucionalmente protegido, mas como direito fundamental e, por conseguinte, prerrogativa judiciável, marcada pela vedação à proteção insuficiente frente ao Estado.¹³

No mesmo diapasão, clássica é a lição de Bonavides (2006, p. 523), para quem o direito ao meio ambiente equilibrado configura-se como direito fundamental de terceira dimensão. Vale dizer, vislumbra o autor as possibilidades de alicerçamento de interesses comuns a toda a coletividade, daí por que falar na tutela coletiva como uma prospectiva humanística dos direitos fundamentais.

Nesta esteira de preocupação com a questão ambiental, o meio ambiente ecologicamente equilibrado passa a ser considerado direito difuso e, mais que isso, direito fundamental¹⁴, conforme observa Ortolan (2011, p. 66) ao afirmar que “[...] toda ação destinada à proteção ambiental corresponde ao agir pela dignidade da vida e da pessoa humana.”

Busca-se, portanto, uma proteção estatal que ultrapasse a esfera do indivíduo, perfazendo uma proteção coletiva. Os direitos de terceira dimensão são assim, os classificados como direitos

¹³ O caráter ‘judiciável’ dos direitos fundamentais, para Böckenförde vem como decorrência da conexão entre o conteúdo jurídico-objetivo e o conteúdo jurídico-subjetivo. Nessa esteira, preleciona que “[...] *los derechos fundamentales como derechos de libertad tienen caracter de pretensión frente al poder público [...] Su violación puede ser atacada ante procedimiento judicial ordinario.*” (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 117).

¹⁴ Princípios I e 2 da Declaração de Estocolmo: O homem tem direito fundamental à liberdade, à igualdade e condições de vida adequadas, em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna, gozar de bem-estar e é portador solene de obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente, para as gerações presentes e futuras. 2 - Os recursos naturais da Terra, incluídos o ar, a água, o solo, a flora e a fauna e, especialmente, parcelas representativas dos ecossistemas naturais, devem ser preservados em benefício das gerações atuais e futuras, mediante um cuidadoso planejamento ou administração adequada

metaindividuais - ou transindividuais - e trazem em seu bojo a proteção aos interesses coletivos,¹⁵ difusos¹⁶ e individuais homogêneos,¹⁷ tendo como objeto de tutela jurídica, entre outras matérias, os interesses que extrapolam a esfera do indivíduo. Além da proteção ao meio ambiente, também se caracterizam como direitos fundamentais de terceira dimensão a autodeterminação dos povos, o patrimônio comum do povo, a defesa do consumidor, etc.

Os direitos de terceira dimensão trouxeram inovação no que tange à tutela jurisdicional. Nesse sentido, inovou-se a adotar a tutela coletiva como meio hábil a atender aos interesses transindividuais.

Noutro giro, fala-se em direito difuso ao meio ambiente como direito fundamental justamente pelo entendimento de meio ambiente como extensão ao direito à vida. Nesses cotejos, Machado (2002, p. 46) explana que “[...] não basta viver ou consagrar a vida. É justo buscar e conseguir a qualidade de vida.”

Para Fiorillo (2013, p. 499) ao admitir a Constituição Federal de 1988 o meio ambiente como direito fundamental, reconheceu sua vinculação com a dignidade da pessoa humana ao tempo em que evidenciou a necessidade de busca por uma tutela mais efetiva aos ecossistemas naturais.

Assim, já é pacífico na doutrina o entendimento de meio ambiente como direito fundamental de terceira geração. Segundo Copetti (2005, p. 56),

Numa terceira fase, pós-Segunda Guerra Mundial, pelo qual está passando o Estado moderno, diante do surgimento de novos problemas sociais, temos a instituição de uma terceira geração de direitos humanos, os chamados direitos pós-materiais, que passam a ser reclamados na medida em que o desenvolvimento industrial e tecnológico passou a atingir bens até então intocados, como o ar, a água, todo o ecossistema global e outros interesses coletivos, difusos e transindividuais, ficando evidenciada, a partir daí, a necessidade de institucionalizar-se a sua proteção.

O legislador ordinário se encarregou de fornecer o conceito de meio ambiente ao prever no art. 3º da Lei 6938/81 que se estende por 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 se falar da tutela jurídica ao meio ambiente, observa-se que a lei que define a Política Nacional do Meio Ambiente ao ditar a proteção aos ecossistemas naturais, se mostrou fortemente preocupada com o crescimento econômico. Nesse jaez, considerando a complexidade das ques-

¹⁵ Diz-se direito - ou interesse difuso - àquele inerente a toda a coletividade, de forma indeterminada. Ou seja, trata-se de interesse no qual seus sujeitos não podem ser identificados na medida em que inexistente ‘vínculo jurídico ou fático preciso unindo os lesados pelo fato danoso’ (SILVA, 2003, p. 51). Sob a ótica objetiva, interesse difuso é aquele caracterizado pela individualidade do objeto.

¹⁶ Os interesses coletivos *stricto sensu* se caracterizam pela individualidade do bem jurídico, vale dizer ‘uma única ofensa prejudica a todos e uma solução a todos beneficia’ (BELINETTI, 2005, p. 672). Diferenciam-se dos interesses difusos, noutro giro, no aspecto subjetivo, uma vez que o direito coletivo tem por pressuposto a existência de uma relação jurídica ou fática existente entre os membros do grupo (titulares do direito).

¹⁷ Já no tocante aos interesses individuais homogêneos, conforme estabelecido no artigo 81, III, do Código de Defesa do Consumidor, estes são os interesses que se originam de fato comum. Nesse cotejo, imperioso destacar que interesses individuais homogêneos são o que pode-se considerar acidentalmente coletivos, tendo em vista que, não obstante sejam individuais em sua essência, são tutelados de forma coletiva.

tões ambientais, estabelece Fiorillo (2013, p. 498) deve-se analisar o enfoque a ser dado para a tutela à questão ambiental, “questionando se é possível privilegiar somente aquilo que interessa ao homem, em uma visão estritamente antropocêntrica. Em segundo lugar, examina-se a sociedade humana para apontar se ela deve ser vista como algo exterior e extrínseco ao meio ambiente.”

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988, contudo, procurou-se encontrar um equilíbrio entre a tutela do meio ambiente e a questão econômica, propagando ideais de desenvolvimento sustentável.

4 A ORDEM ECONÔMICA COMO INTERESSE CONSTITUCIONALMENTE ASSEGURADO: PONTO DE INCONGRUÊNCIA POLÍTICA?

A Constituição Federal de 1988 dedicou todo um título - Título VII, “Da Ordem Econômica e Financeira” - para tratar das bases que sustentam a ordem econômica. Nesse diapasão, não obstante o Estado brasileiro tenha, a partir de 1988, se alicerçado como Estado Social, na medida em que foi reconhecido um “[...] conjunto heterogêneo e abrangente de direitos (fundamentais), o que [...] acaba por gerar consequências relevantes para a compreensão do que são, afinal de contas, os direitos sociais como direitos fundamentais.” (SARLET, 2008, p. 169), é certo que, sob o plano econômico, este se viu diretamente vinculado ao capitalismo neoliberal.

Partindo da lição de Nicola (2010, p. 333), constrói-se uma abordagem analítica da ordem econômica tal qual tutelada pela Constituição Federal de 1988. Observa-se, de plano, que a tutela da ordem econômica não escapou do fenômeno da constitucionalização de direitos e interesses, virada epistêmica que marcou o advento do Estado Social.

Explana-se: constitucionalização é consequência direta do advento do Estado Social, ou Welfare State¹⁸ que sobrepôs a supremacia da propriedade, primado do Estado Liberal¹⁹ ao interesse da coletividade. Oliveira, (2010, p. 113) entende que, ao passo que, sob o modelo Liberal, o Estado de Direito se submetia ao princípio da legalidade pura e simplesmente, no Estado Democrático de Direito, além da conformidade à Constituição Federal e à lei, a atividade administrativa deve estar pautada no respeito à legitimidade, proporcionando, assim, a aproximação do Estado e o cidadão.

É nesse cenário que, conforme aponta Nicola (2010, p. 334) surge um paradigma amplamente caracterizado pela existência de “[...] pontos de incongruência política e mesmo legal em algumas questões em que se conflitam as orientações ideológicas liberais e sociais.”

¹⁸ O estado social representa efetivamente uma transformação superestrutural por que passou o antigo Estado liberal. Seus matizes são riquíssimos e diversos. Mas algo, no Ocidente, o distingue, desde as bases, do Estado proletário, que o socialismo marxista intenta implantar: é que ele conserva sua adesão à ordem capitalista, princípio cardeal a que não renuncia. Daí compadecer-se que o Estado social no capitalismo com os mais variados sistemas de organização política, cujo programa não importe modificações fundamentais de certos postulados econômicos e sociais (BONAVIDES, 2004, p. 184).

¹⁹ O chamado Estado liberal, exatamente por ser um regime popular, em que a vontade do povo ditava a lei, absorveu o indivíduo e o povo. Porque o indivíduo e o povo, diante dos novos problemas e das novas necessidades que iam surgindo, incapazes de resolver aqueles e de suprir a estas, mesmo de compreender uns e outras, imploravam e exigiam do Estado a solução e o remédio para todas as suas dificuldades e males. Assim, o Estado se hipertrofiou exatamente para atender os reclamos dos que mais tenazmente pretendiam defender os direitos do indivíduo contra o poder do Estado. A cada necessidade, um novo serviço público; para cada problema, uma lei ou código; cada invocação e cada progresso da técnica determinam uma regulamentação (AZAMBUJA, 2011, p. 171).

No mesmo diapasão, a Constituição Federal relativiza o direito de propriedade - clássica manifestação dos direitos fundamentais de primeira dimensão - ao elevar ao status de condição de sua perpetuação o exercício da função social, deslocando a vertente econômica do Direito.

Sobre esse conflito epistêmico, que revela o advento de uma nova hermenêutica constitucional especialmente no que tange à ordem econômica, aduz Nicola (2010, p. 335) que “[...] o texto constitucional prevê consequências a isto, autorizando, dentre outras penalidades, a desapropriação da propriedade, tanto a urbana como a rural, mediante pagamento de títulos, desde que não estejam cumprindo a sua função.”

Observa-se, face ao exposto, que a ordem econômica e os interesses capitalistas não são consagrados de forma livre, vale dizer, se consubstanciam em normas jurídicas que são legítimas apenas quando não conflitam diretamente com os pilares do Estado Social brasileiro.

Tal entendimento é corroborado por Silva (2011, p. 109), para quem, toda a tutela jurídica - e porque disso não escapa a atividade consistente na ordem econômica - está centrada na defesa da dignidade da pessoa humana.

No que tange à dignidade da pessoa humana vista sob o prisma da ordem econômica, fala-se em justiça social, e esta é compreendida como a “[...] virtude que ordena para o bem comum todos os atos humanos exteriores.” (FERREIRA FILHO, 2007, p. 359).

Por fim, cabe destacar que toda a discussão em torno da ordem econômica deve ser compreendida sob a perspectiva da livre iniciativa e do valor do trabalho humano, dois princípios fundamentais que balizam todo o ordenamento jurídico.

Segundo ensinamento de Barroso (2008, p. 3), a livre iniciativa e o valor do trabalho humano correspondem às decisões políticas fundamentais do constituinte originário e, por isso, subordina toda a ação Estatal, bem como a interpretação das normas, sejam elas constitucionais ou infraconstitucionais.

Observa, nesse afã, que a tutela jurídica conferida à ordem econômica transcende o puro enriquecimento liberal, característica do constitucionalismo liberal, mas é cada vez mais compatibilizada com os desafios da sociedade pós-moderna, principalmente no que tange aos aspectos prestacionais dos direitos sociais e metaindividuais.

5 O DIREITO FRATERO COMO ELEMENTO HERMENÊUTICO NA TÉCNICA ALEXYANA DE SOPESAMENTO DE PRINCÍPIOS: MECANISMO APTO A CONSTRUIR UM EQUILÍBRIO ENTRE A PROTEÇÃO AMBIENTAL E OS INTERESSES ECONÔMICOS?

A Constituição Federal de 1988, carta analítica e dirigente, consagra diversos valores, atendendo, por conseguinte, ao clamor do pluralismo político e cultural. Nesse cenário, ocorre de valores constitucionalmente tutelados se esbarrarem, na medida em que são, *prima facie*, incompatíveis.

Ora, nesse cenário, vale-se da lição de Alexy (2013), para quem é perfeitamente possível existirem dois comandos constitucionais conflitantes em um caso concreto, sem que um retire do outro sua normatividade e força eficaz.

Conforme a técnica de sopesamento de Alexy, nesse sentido, não parece incongruente o fato de a Constituição Federal consagrar o direito fundamental ao meio ambiente de qualidade, na mesma medida em que tutela a ordem econômica e estabelece como fundamento da República a livre iniciativa (artigo 1º, IV, parte final, CF).

O que se precisa, nesse cenário, é analisar qual princípio deve prevalecer na constância de um conflito no caso concreto. Para tanto, faz-se uso da lição de Alexy (2013), para quem a resposta pretendida decorre da natureza principiológica dos direitos fundamentais.

Tal constatação, núcleo da teoria pós-positivista alemã, também é partilhada por Guerra (2003, p. 86):

Ora, os direitos fundamentais são positivados no ordenamento jurídico através de normas com estrutura de princípio. Mas ainda: tais normas situam-se no ápice da pirâmide normativa, ou seja, ocupam a posição hierárquica mais elevada no ordenamento. Dessa forma, impõe-se reconhecer que os direitos fundamentais são juridicamente exigíveis, vale dizer justificáveis, e que, para tanto, não podem estar a depender de normas de posição hierárquica inferior àquelas que o prevêm. Superada, assim, a subordinação dos direitos fundamentais à intervenção do legislador infraconstitucional.

Com efeito, uma vez conferido aos direitos fundamentais natureza axiológica propõe-se um caráter qualitativo dualista. Vale dizer, diverso do que ocorre com as possibilidades jurídicas de aplicação de uma norma - aplicação all-or-nothing - os direitos fundamentais, uma vez que se configuram como mandamentos de otimização devem ser aplicados mediante a técnica de sopesamento.

Comentando a lição de Alexy e Rangel (2006, p. 300) explana que “[...] se uma regra é válida, deve ser aplicada conforme um procedimento de subsunção silogístico, não há outra saída. Diante de uma eventual antinomia de regras, uma delas deverá ser afastada para que a outra seja considerada válida.”

A técnica de sopesamento de Alexy (2013) parte do pressuposto de que os direitos fundamentais, no que tange à sua aplicação, são passíveis de relativização. Desta forma, estando aptos a relativizar, in casu, a normatividade de um direito-princípio, deve-se proceder da seguinte maneira primeiro, se estabelece o grau de restrição a determinado princípio; após o que, verifica-se a importância de se realizar outro princípio e, por fim, na terceira fase, finalmente, é ponderado se a realização do segundo princípio justifica a restrição conferida ao primeiro.

Ao fim do procedimento, estará determinada a medida de importância de aplicar-se ou direito fundamental ao caso concreto, devendo o interesse que com ele conflite, ser posto de lado, mas apenas naquilo em que há conflito material.

Pois bem, a presente pesquisa parte do pressuposto que a técnica alexyana de sopesamento, para que esteja apta a responder os desafios da sociedade pós-moderna, principalmente no que se refere aos direitos das massas, deve ser interpretada consoante o crivo de uma teoria do direito que aponte para os nortes aos quais deseja-se conduzir a sociedade.

É nesse diapasão que surge o direito fraterno como manifestação de conceitos pós-positivistas, que regalam a segundo plano a técnica da subsunção pura da norma no caso concreto, o que de certa forma, propõe uma esteira do direito que não seja por inteiro jusnaturalista, mas que rompa paradigmas dicotômicos do jusracionalismo.

Desta feita, os direitos de terceira dimensão, caracterizados no que ficou conhecido como constitucionalismo fraterno passam a ser compreendidos sob um prisma de neo-jusnaturalismo crítico, que consentânea lição de Carducci (2003, p. 85) simboliza um direito fraterno, solidário ou altruísta.

Acerca do novo paradigma proposto pelos direitos fundamentais de terceira dimensão, preleciona Cunha (2009, p. 83, grifo nosso):

Já não é só a sorte do Direito Natural a estar em causa. Não temos dúvidas de que, ou o Direito tout court se regenera e se adapta (não aos novos tempos, sociologicamente entendidos, mas à nova respiração da Humanidade ao desnublá-lo do seu pensamento, ao seu caminho para a maioria), ou acabará enquanto tal. Pode haver muitos nomes para essa nova etapa do Direito, mas ele terá sempre que ser humano, solidário, altruísta, fraterno, como antes foi objetivo e hoje ainda é, mesmo que confusamente subjetivo.

Ademais, resta claro que a terceira dimensão de direitos fundamentais, ao estatuir o constitucionalismo fraterno, veio como, quiçá, uma condição de possibilidade para a perpetuação do constitucionalismo.

Como resposta a esse juracionalismo crítico que passa a caracterizar os interesses difusos - direitos fundamentais de terceira dimensão, vale a repetição - vem a lume os ideais de desenvolvimento sustentável.

Vale dizer, ao ponderar, sob a ótica fraterna, os níveis de importância da proteção ao meio ambiente e da busca pelo desenvolvimento econômico surge um novo paradigma social, segundo o qual se tem “[...] a intenção de submeter todo o processo de desenvolvimento, e as relações sociedade/ambiente, à compreensão das dinâmicas do mundo natural até então conhecidas.” (ROCHA, 2011, p. 18).

Desta feita, o direito fraterno aponta como solução a adoção de um modo de exploração ambiental com o fim de desenvolvimento econômico no qual, segundo Rocha (2011, p. 18) impere “[...] o uso das potencialidades existentes nos locais considerados, isso levando-se em conta os mecanismos de reprodução socioeconômico da sociedade.”

Necessário o comentário de que a adoção de uma política sustentável não se limita à proteção dos recursos naturais, mas vem como alternativa ao avanço desenfreado do capitalismo. Nesse cenário, representa não apenas alternativa aos direitos metaindividuais, como também apresenta pontos de convergência no que tange aos aspectos eficacionais dos direitos sociais, na medida em que tem como um de seus pilares a busca pela justiça social.

Segundo Rocha (2011, p. 20):

A justiça social, incluindo aqui a redução das desigualdades sociais, a participação política, a participação da sociedade civil, a democracia, a governança, etc, é, então a condição básica para cumprir a sustentabilidade social. Ela é também a condição necessária para assegurar a sustentabilidade ambiental. Nesse sentido, além da desigualdade de acesso aos recursos e riquezas materiais, as discussões em torno da redução das desigualdades sociais, da participação política, da cidadania, do respeito à diversidade, da qualidade de vida (educação, saúde, lazer, vida sexual, sadia, acesso à informação, etc.) tornam-se fundamentais. Essa corrente não contesta os princípios de funcionamento do mercado, mas afirma que se precisa enquadrá-lo por mecanismos de regulações que deem prioridade à justiça social enquanto fomentando a participação dos vários atores sociais e a uma governança democrática.

Esse novo modelo parece coerente na medida em que, na melhor teoria alexyana, relativiza conceitos clássicos de desenvolvimento e proteção e os reduz a um patamar em que a aplicação de um não exclua a normatividade do outro, mas, noutro giro, possibilite a sua compatibilização.

A presente pesquisa veio com o objetivo de investigar se cabe falar no direito fraterno - e seus desdobramentos, como os comandos de boa-fé objetiva, solidariedade, etc. - como prisma hermenêutica no momento da utilização da técnica alexyana de sopesamento de axiomas no mister de solucionar o conflito entre a proteção do meio ambiente de qualidade e os interesses da ordem econômica.

Para tanto, utilizou-se da premissa da pós-modernidade como lócus da análise. Vale dizer, toda a construção epistemológica veio na tentativa de consubstanciar um avanço na teoria dos direitos fundamentais, e de forma especial os interesses metaindividuais, na medida em que a evolução das teorias constitucionais até o advento do neoconstitucionalismo, percebeu-se o paulatino processo de coletivização de direitos, certamente na tentativa de atingir-se a justiça social.

Desta feita, por meio da utilização da técnica dialética e da interpretação jurídico-filosófica balizada na hermenêutica constitucional, chegou-se ao entendimento de que o direito fraterno vem como proposta de reconstrução do fenômeno jurídico, irradiando comandos associados à postulados como justiça e implicando no dever de todos adotarem uma conduta reta.

Mais que isso, o direito fraterno desmistifica conceitos clássicos e, ao funcionar como ponte de transição à técnica alexyana de sopesamento fica expresso o entendimento só será norma jurídica com força normativa aquela que atenda precipuamente aos seus fins sociais.

No mesmo diapasão, fraternidade e sopesamento significam negar, por vez, a aplicação all-or-nothing, de forma que, no que se refere ao problema exposto, ambos os interesses - proteção ao meio ambiente de qualidade e interesses da ordem econômica - podem prosperar no caso concreto, devendo, para tanto, compatibilizarem-se.

Por fim, a pesquisa demonstrou a possibilidade de inovação da técnica alexyana de sopesamento que, ao exigir um elemento de compatibilização para a aplicação proporcional de axiomas, deixou ao léu o elemento de compatibilização - ponte de transição. Nessa esfera, elege-se o direito fraterno para atuar nesse mister, fazendo com que surjam novos paradigmas à tutela coletiva dos direitos fundamentais, principalmente no que tange à proteção do meio ambiente e interesses econômicos. De fato, toda a doutrina em torno do desenvolvimento sustentável é balizada num pensamento fraterno, o que acaba por confirmar a hipótese do estudo em apressado.

FRATERNAL LAW AS AN HERMENEUTIC MECANISM IN ALEXY'S TECHNIQUE: THE ANSWER FOR THE EPISTEMIC CONFLICT BETWEEN DIFFUSE RIGHT OF A QUALITY ENVIRONMENT AND THE CHALLENGES OF ECONOMIC DEVELOPMENT

ABSTRACT

This paper aims to analyze the fraternal law as an interpretative element regarding the protection of the quality of environment, seen as legal interest constitutionally safeguarded since the promulgation of Federal Constitution of 1988. In this vein, through the use of dialectics - that allows the epistemological contradiction of contradictions - and the method of constitutional hermeneutics, after understanding the fraternal law as a proposal of a new way of thinking the law, it will be search a retelling of reasonable limits of environment exploration as opposing to economic interest, under the aegis of a fraternal thought. The research is justified to the extent that, frequently, are created conflicts between the diffuse right of qualified environment and the right to economic exploitation, and one should develop the best thesis in terms of their what right should overcome when it comes to a specific case. In this sense, the social and juridical phenomena must be viewed under the scrutiny of the most appropriate constitutional theory to

the locus of analysis, in this case, post-modernity and its challenges, which, hopefully, will be answered by the use of fraternal law, theory that radiates solidarity commands, objective good faith and straight conduct and comes as an evolution of the classical theory of fundamental rights regarding the search for efficacy aspects of collective protection.

Keywords: Economic development. Fraternal law. Metaindividual interest. Collective protection of the environment.

REFERÊNCIAS

ABELHA, Marcelo. *Ação Civil Pública e Meio Ambiente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

ALEXY, Robert. A existência dos direitos humanos. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg et al. (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

AZAMBUJA, Darcy. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Themis: Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

AZAMBUJA, Darcy. *Teoria geral do Estado*. 2. ed. São Paulo: Globo, 2011.

BARROSO, Luis Roberto. A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo*, Salvador, n. 14, maio/jun./jul. 2008.

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. *Revista da ESMEC*, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006.

BELINETTI, Luis Fernando. Definição de interesses difusos, coletivos em sentido estrito e individuais homogêneos. *Estudos de Direito Processual Civil*, 2005.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BÖECKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. *Escritos sobre Derechos Fundamentales*. Traducción Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Aufi-Baden-Baden: Novos Verl.-Ges. 1993.

BONAVIDES, Paulo. A quinta geração de direitos fundamentais. *Direitos Fundamentais e Justiça*, n. 3, abr./jun. 2008.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

BONAVIDES, Paulo. *Do Estado Liberal ao Estado Democrático*. 7. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

CARDUCCI, Michele. *Por um Direito constitucional altruísta*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

COPETTI, André. *Racionalidade constitucional penal pós-88*. Uma análise da legislação penal face ao embate das tradições individualista e coletivista. Constituição, Sistemas Sociais e Hermenêutica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

CUNHA, Paulo Ferreira da. Do direito natural ao direito fraterno. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*, p. 78-86, jan./jun. 2009.

- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. 6. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.
- DIJOUX, Ruth. *La contractualisation des droits fondamentaux*. Paris: Logiques juridiques, 2012.
- DWORKIN, Ronald. *Uma questão de princípios*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- FIORILLO, Celso Antonio Pacheco. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*. 12. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.
- GORIA, Fauto. Fraternidade e Direito: Algumas reflexões. In: CASO, Giovanni et al. (Org.). *Direito e fraternidade: ensaios, prática forense*. São Paulo: Cidade Vola/LTR, 2008.
- GUERRA, Marcelo Lima. *Direitos fundamentais e a proteção do credor na execução civil*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- MAIA, Marieta Izabel Martins. *Direito Fraterno: em busca de um novo paradigma*. Universidade do Porto Faculdade de Direito, 2010.
- MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- NICOLA, Rafaela Mariane de. A ordem econômica: apontamentos sobre constituições centralizadas e descentralizadas e suas origens. In: ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI, 19., 2010, Fortaleza. *Anais...* Fortaleza, 2010. Disponível em: <<http://www.conpedi.org.br/manuel/arquivos/anais/fortaleza/3016.pdf>>. Acesso em: 29 abr. 2015.
- OLIVEIRA, Rafael Carvalho Rezende. *Constitucionalização do direito administrativo: o princípio da juridicidade, a releitura da legalidade administrativa e a legitimidade das agências reguladoras*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.
- ORTOLAN, Josilene Hernandes. *Responsabilidade sócio-ambiental das empresas: o papel da empresa privada na proteção do meio ambiente*. 2009. 135 p. Dissertação (Mestrado)-Centro Universitário Eurípides de Marília, 2009.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução António Francisco de Souza. São Paulo: Saraiva, 2011.
- RANGEL, Helano Márcio Vieira. Breves apontamentos sobre a teoria dos direitos fundamentais de Robert Alexy. *Diálogo jurídico*, São Paulo, n. 5, p. 301-315, 2006.
- ROCHA, Jefferson Marçal da. *Sustentabilidade em questão: economia, sociedade e meio ambiente*. Jundiaí: Paco Editorial, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica. 20 Anos de Constitucionalismo Democrático - E Agora? Porto Alegre, Belo Horizonte, 2008.

SILVA, Viviani Leite da. *A coisa julgada nas ações coletivas*. 2003. 125 p. Monografia (Bacharelado em Direito)-Faculdades Integradas Antônio Eufrásio de Toledo, Presidente Prudente, 2003.

SUPIOT, Alain. *Homo juridicus: ensaio sobre a função antropológica do direito*. São Paulo: WWF Martins Fontes, 2007.

SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. 19. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros: 2011.

POLÍTICAS PÚBLICAS E A QUESTÃO DO GÊNERO: BREVES ASPECTOS SOBRE A LICENÇA-PATERNIDADE ESTENDIDA E SEUS REFLEXOS NA IGUALDADE DE GÊNERO

Alexandre Elio Scariot*

RESUMO

O texto aborda o conceito de políticas públicas, suas origens, definições mínimas e qual o escopo que visam. Sob a visão filosófica de Dworkin acerca da justiça distributiva, é introduzida a temática da igualdade, neste caso representada pela busca pela igualdade de gênero entre homens e mulheres. Uma das formas com que a igualdade de gênero pode ser alcançada é através de políticas públicas em matéria de seguridade social, sendo relevante aquelas destinadas a igualar a responsabilidade com o cuidado com os filhos por meio de licenças remuneradas com prazos maiores para homens. Sob o paradigma sueco, é possível perceber que a concessão de licenças parentais para ambos os genitores é aspecto relevante na redemarcação das fronteiras de responsabilidades nos cuidados do lar no que se refere ao gênero, ampliando a possibilidade de oportunidade de escolhas das mulheres que pensam em se tornar mães.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Igualdade de gênero. Seguro Social.

1 INTRODUÇÃO

O presente texto foi desenvolvido com a intenção de fomentar o debate acerca do papel das políticas públicas enquanto mecanismos de emancipação da mulher em termos de possibilidades de escolha, principalmente na participação do mercado de trabalho remunerado. As licenças-paternidades estendidas (ou as licenças parentais tanto para o pai quanto para a mãe), concedidas em razão do nascimento ou adoção de filhos, podem ser meios adequados para que se busque a igualdade de gênero, isso porque conduzem para a ampliação da possibilidade de livre escolha das mulheres a partir do momento em que quebram os paradigmas a respeito da responsabilidade com o cuidado do lar e dos filhos, que frequentemente fica a cargo do sexo feminino.

2 DISCUSSÃO

2.1 AS POLÍTICAS PÚBLICAS E O SENTIDO DA IGUALDADE

Foi a partir do século XX que as Constituições nacionais iniciaram a abordagem dos direitos sociais de forma a complementar o arcabouço de garantias em si inscritas que até então não tratavam de direitos prestacionais.

O surgimento dessa necessidade de proteção social para fins de regulação das condições de trabalho e minoração dos sofrimentos decorrentes da miséria está associada ao processo de

*Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; alexandre.elio.scariot@gmail.com

industrialização iniciada na Europa no século XIX (FLEURY, 2005, p. 459-460), que trouxe à tona as massas de trabalhadores que não possuíam direito algum e para os quais a democracia era um modo de haver redução dos privilégios da propriedade (ESPING-ANDERSEN, 1990, p. 108-109).

Desta forma os direitos sociais, em sua essência, tenderam a restabelecer uma igualdade originária, de modo que a sua consagração jurídica representou o trânsito desde uma democracia política para uma democracia social, tendo se assentado sobre as bases de um estado liberal modificado desde as Primeira e Segunda Guerras Mundiais (CAMINO, 2012, p. 290).

Pode-se notar, portanto, que foi a persecução dos objetivos inscritos nas normas constitucionais e infraconstitucionais que proporcionou o surgimento do tema polícias públicas, justamente por constituírem-se em campo próprio para a sua materialização (MASSA-ARZABE, 2006, p. 64-65).

Mas a novel existência de tantos direitos constitucionais, sobretudo aqueles sociais de “segunda dimensão”, levavam os governantes a terem que lidar com variáveis até então estranhas ao direito, sobretudo de matizes econômicas (BUCCI, 2006, p. 2-4). Assim, a consequente evolução administrativa e jurídica da sociedade proporcionou, ao longo dos anos, reformas que tiveram a intenção de substituir teorias burocráticas até então utilizadas, de modo que a preocupação passou a ser cada vez mais em relação às formas e às consequências da administração do dinheiro público.

Tudo isso fez surgir, segundo Procopiuck (2013, p. 138), um campo fértil para a criação de uma identidade própria da administração pública, sobretudo porque naquela época ainda não havia uma maior clareza na definição de limites entre como administrar recursos e interesses públicos, o que acabou (e isso ainda ocorre) proporcionando a expectativa do surgimento de messias ou de “chefes políticos iluminados”, capazes de tornar a Administração Pública mais eficiente.

Até 1930 a legislação dos Estados liberais praticamente se limitava à busca pela solução de problemas privados, sendo que foi a partir de então que surgiu um Estado mais intervencionista para tentar resolver problemas coletivos concretos (PROCOPIUK, 2013, p. 144-145).

Esses problemas estavam cada vez mais constitucionalizados e, portanto, começaram a demandar uma efetiva e concreta atuação governamental, fazendo com que o próprio Estado se visse em meio à alteração do paradigma até então vigente, passando de mero ator que aplicava normas coercitivas ou de limitação de direitos, a fomentador de soluções para problemas da comunidade.

Destaca Procopiuck (2013, p. 138) que tal aspecto fez surgir a concepção de política pública, sendo que em termos de precedentes os Estados Unidos, buscando evitar os problemas enfrentados na Grande Depressão de 1929, procuraram fortalecer o pensamento intervencionista de Keynes (Employment act), com a intenção de maximizar o emprego, o poder de compra, os investimentos públicos, etc.

E embora exista esse precedente, Souza (2003, p. 70) destaca que as primeiras pesquisas acadêmicas sobre o tema “políticas sociais” surgiram na academia europeia e não na americana, e buscavam discutir o Estado do bem-estar social. Esse estudo buscava analisar o papel do Estado enquanto implementador de programas de ação para atender a finalidades relevantes do ponto de vista social: fortalecimento de certos setores da economia interna, combate ao desemprego, ao analfabetismo, maior igualdade de gênero, raça, etc. (MASSA-ARZABE, 2006, p. 64-65).

Deste modo, foi através das políticas públicas que o Estado conseguiu organizar-se num sentido de canalizar os recursos e esforços para a solução dos problemas concretos da comunidade.

O aprimoramento da gestão pública iniciou, portanto, um foco direcionado ao estudo do “o que”, “por que” e “como” o governo age ou deixa de agir em relação a problemas públicos carentes de solução (PROCOPIUCK, 2013, p. 144).

Para Souza (2003, p. 65-67), não existe uma única ou uma melhor definição sobre o que seja “políticas pública”, aduzindo que muitas teorias enfatizam o papel da política pública na solução dos problemas, recebendo críticas no sentido de que ignorariam o embate em torno de ideias e interesses, afastando-se do aspecto conflituoso que cercam as decisões dos governos (inclusive aspectos relacionados com a cooperação entre governos e outras instituições).

Embora a formulação de um conceito jurídico de políticas públicas seja algo até mesmo temerário - já que a generalização negativa, no sentido de recusa a qualquer associação entre direito e política pública, é algo tão indesejável quanto a generalização inversa, sendo aquela que associa todo direito público a uma política pública -, é possível ao menos tentar-se formular uma estruturação dos elementos ação-coordenação, processo e programa (BUCCI, 2006, p. 38-39).

Com isso, Bucci (2006, p. 39) arrisca-se a dizer que política pública é:

[...] o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados - processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial - visando coordenar o meio à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como política ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessário à sua persecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados.

Procopiuck (2013, p. 139-140) vai pela mesma linha e também entende que as políticas públicas se caracterizam por ser algo de difícil conceituação, de modo que para o escritor seria mais adequado, apenas, prover diretrizes gerais ao invés de instruções detalhadas de ação, razão pela qual argumenta que: “[...] (a função) é prover orientações normativas, guiadas por valores e por finalidades, para a elaboração de estratégias, programas e planos que procuram adequar meios para atingir determinados fins.”

Em termos de classificação, Procopiuck (2013, p. 144) propõe ainda que as políticas públicas sejam separadas quanto à finalidade, que podem ser: constitutivas (são políticas que criam ou estruturam as condições para que certo problema passe a ser atacado sistematicamente), distributivas (distribuir recursos, o que pode ocorrer via subsídios em produtos ou serviços), redistributivas (em geral procuram repassar os recursos econômicos da classe de maior renda para os de menor), regulatórias (geralmente a intenção é impor padrões de comportamento a indivíduos ou grupos para manter em equilíbrio as relações competitivas).

É possível observar, então, que justamente por possuir essa variedade de formas de atuação na busca pela solução de problemas coletivos que, nos últimos anos, ressurgiu a importância do estudo das políticas públicas.

Segundo Souza (2003, p. 65-67), dentre os fatores que levaram a isso se destacam a adoção de políticas públicas que restringiam os gastos, dominando a agenda governamental especialmente na década de 80, e as novas visões sobre o papel dos governos que substituíram as políticas

keynesianas dos pós-guerras por políticas que visavam restringir gastos. A partir da década de 80 alguns governos passaram a condicionar suas políticas públicas ao cumprimento de ajustes fiscais e equilíbrio orçamentário da receita e despesa, o que restringiu, de certa forma, a intervenção estatal na economia, transformando as políticas sociais de universais em focalizadas.

Nessa ótica, Rocha (2004, p. 40) comenta que, se de um lado está presente a necessidade de estruturação e efetivação da proteção social contra os riscos sociais, de outro não se nega que a seguridade social encontra severos entraves em sua manutenção e expansão em função da redução da atividade econômica e períodos de crise financeira, e, embora a seguridade social não se confunda com reforma social ou bem-estar econômico, já que, nas lições de Ferreira (2007, p. 131) não cabe a ela controlar os ciclos econômicos, garantir o pleno emprego e redistribuir renda, como se fosse um substitutivo o sistema econômico, não se nega que tal aspecto, ainda que secundário, decorre como um dos efeitos do sistema de proteção.¹

Assim, embora o Estado do Bem-Estar Social tenha se constituído em um modelo bem-sucedido de proteção social, inclusive com reflexos econômico-financeiros positivos ao Estado, passou a ser alvo de críticas em relação aos gastos crescentes e em função da necessidade de criação de novos déficits e dívidas públicas para o seu custeio, em detrimento de épocas de crises econômicas e desajustes inflacionários que se aproximavam.

Segundo Kerstenetzky (2012, p. 62-63), a partir de tais premissas começou a consolidar-se uma forte tese de que horizontes de crise externa, que contribuem para reduzir o nível da atividade econômica e fazem mergulhar países em uma recessão e níveis de desemprego altos, resultariam em desequilíbrios econômicos que poriam fim do estado do bem-estar.

O que se tem percebido, então, é que novas visões sobre o papel dos governos tenderam a substituir as políticas keynesianas dos pós-guerras por políticas que visavam equilibrar gastos públicos, sobretudo em razão de pressões de órgãos internacionais.

Com isso, as crises financeiras globais, as novas condições de vida social e demais fatores que estruturam a moderna vida social acabam por afetar a efetividade dos direitos fundamentais, e, como não poderia deixar de ser, atingem os direitos fundamentais sociais (ROCHA, 2004, p. 43).

Todavia ainda que nas últimas décadas os Estados ocidentais, principalmente, tenham experimentado um declínio no crescimento econômico, havendo uma visível tentativa de retrocesso nos direitos sociais conquistados durante e pós o período de Welfare State, não se desconhece que estamos vivenciando o chamado Estado Democrático de Direito, em que os diversos atores jurídicos podem e devem contribuir para a transformação da realidade social na qual estão inseridos.

Com isso, a pretensa escassez de recursos financeiros em função das crises financeiras globais, o que, afinal, apenas justifica a implementação e ampliação da proteção social, aliada às modernas técnicas de gestão administrativa, financeira e atuarial, demandam especial integração entre os diversos sistemas de proteção social e criação de mecanismos específicos para a atuação em prol da igualdade de gênero.

No caso brasileiro, o farol que guia o modo como essa transformação social deverá ocorrer não está somente na lei, visto que a Constituição Federal de 1988, ao estabelecer diretrizes e políticas fundamentais que norteariam a atuação futura do Estado, elegeu a dignidade da pessoa

¹ No mesmo sentido, sobre políticas sociais economicamente orientadas, ver Kerstenetzky (2012 p. 44).

humana como fundamento para a tomada das decisões e para a construção de políticas públicas e prioridades (FERREIRA, 2007, p. 155).

Dessa forma, todos os esforços estatais devem ser redirecionados na busca pela efetivação da dignidade da pessoa humana que, pela proposta de Sarlet (2007, p. 383), é uma qualidade intrínseca e reconhecida de cada ser humano, que o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, garantindo-lhe condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover, em relação à sociedade em que vive, sua participação ativa e corresponsável.

Essa preocupação com o compromisso de proteção ao ser humano é o núcleo essencial dos direitos fundamentais, logo, nada mais justo que o Estado forneça todas as prestações, por meio de um sistema de proteção social, para que o homem em sociedade possa viver de forma digna e segura, salvo contra riscos danosos que de alguma forma possam afetar suas rendas e a própria sobrevivência (FERREIRA, 2007, p. 155).

A respeito dos direitos a serem protegidos, é isento de dúvida que os seres humanos não possuem apenas necessidades vitais ou de sobrevivência, visto que, por viverem em sociedade, torna imprescindível a busca por direitos que possibilitem a sua inter-relação e coexistência. Sob tal aspecto de uma vida em sociedade ganha relevância, então, a necessidade de efetivação da igualdade entre as pessoas, especialmente aquela no sentido de atribuir-se tratamento como iguais a homens e a mulheres.

Sobre a necessidade da busca pela igualdade de tratamento entre as pessoas, Ronald Dworkin (2013, p. 9) comenta que “[...] nenhum governo é legítimo a menos que demonstre igual consideração pelo destino de todos os cidadãos sobre os quais afirme seu domínio e aos quais reivindique fidelidade.”

Em seus estudos sobre filosofia política, Dworkin argumenta em favor da necessidade de buscar a igualdade entre as pessoas, tendo como meta construir, dentro de uma teoria da justiça, a concepção de que é dever do Estado tratar todas as pessoas como iguais.

O filósofo jurídico trata de duas grandes teorias gerais da igualdade distributiva: A teoria da “igualdade de bem-estar”, que é aquela no qual se afirma que o esquema distributivo trata as pessoas como iguais quando ocorre a distribuição ou transferência de recursos entre pessoas até o ponto de que nenhuma transferência adicional possa deixar algum indivíduo mais igual em bem-estar.

Já a outra, chamada de teoria da “igualdade de recursos”, afirma que as pessoas são tratadas como iguais quando há a distribuição ou transferência de recursos de modo que nenhuma transferência adicional possa deixar mais iguais suas parcelas do total de recursos.

Em poucas palavras, pode-se dizer que Dworkin critica a igualdade de bem-estar em razão da ausência de possibilidade de fixação de parâmetro comum. Desta forma, não seria possível saber-se ao certo em quais aspectos as pessoas devem ser igualadas, o que demanda perquirir se esse bem-estar tem relação com bens materiais ou sensações/percepções pessoas da vida (DWORKIN, 2013, p. 4-6).

Guest (2010, p. 246) argumenta que não há como saber se as pessoas devem ser igualadas em riqueza, prazer, sucesso ou beleza, por exemplo. Sem mencionar que algumas coisas são e outras não são atingíveis. Desta forma, apesar de um governo não poder dotar as pessoas de sucesso e felicidade, até porque tal concepção é por demais vaga e pessoal, poderá fornecer uma iguali-

tária distribuição de recursos, na forma de bens e serviços, que servirá como meio para alcançar essas coisas (GUEST, 2010, p. 247).

Em função disso é que Dworkin pretende trabalhar a igualdade de recursos, defendendo a existência de um chamado “liberalismo igualitário”, onde seria possível conciliar igualdade com a responsabilidade e a liberdade do agir individual (GUEST, 2010).

Mas esse direito de “tratamento igual” (equal treatment) não quer dizer o mesmo que um tratamento das pessoas “como iguais” (treatment as an equal). Para DWORKIN (1981, p. 185), “There is a difference between treating people equally, with respect to one or another commodity or opportunity, and treating them as equals.”

Nessa ótica, dar simplesmente um “tratamento igual” (equal treatment) quer dizer entregar os mesmos recursos ou oportunidades a todas as pessoas, ainda que a situação fática envolva, por exemplo, uma pessoa inválida e outra saudável. O tratamento igual não observa a existência de diferenças entre as pessoas, que é isso que busca se equalizar quando a intenção é tratá-las como iguais (DWORKIN, 2011, p. 419-420).

O direito a ser tratado como igual não espera uma distribuição igualitária de bens ou oportunidades, mas, sim, o direito a igual consideração e respeito na decisão política sobre a distribuição daqueles (DWORKIN, 2011, p. 420). Deste modo, o tema principal de sua teoria igualitária liberal é, em síntese, compreender que as eventuais desigualdades econômicas podem ser justificadas quando decorrentes de opções deliberadas das pessoas, em oposto às opções meramente circunstanciais.

Na concepção de Dworkin, portanto, o tratamento das pessoas como iguais significa permitir que aquelas vivam a plenitude de suas vidas dentro dos recursos disponíveis. Surge, aqui, a ideia de que a igualdade é conectada e inseparável da liberdade (GUEST, 2010, p. 215).

Desta forma, um dos méritos dessa teoria é deixar livres as pessoas para que busquem e alcancem a felicidade que quiserem, sendo condição para isso que todos tenham uma igualitária inicial distribuição de bens e serviços (ou meios de compensar isso) a fim de realizar a esse objetivo.

Desta forma ganham destaque, justamente, as políticas públicas com viés igualitário, em função de serem um meio que o Estado tem para organizar-se buscando canalizar recursos e esforços para a solução desse tipo de problema, tendo como intenção fornecer meios adequados de solução ou compensação.

2.2 A LICENÇA-PATERNIDADE E SEU PAPEL NA (RE)DEFINIÇÃO DAS RESPONSABILIDADES EM FUNÇÃO DO GÊNERO

Pode-se dizer, com certa segurança, não haver dúvida que tanto “gênero” quanto “família” tratam de dimensões formadoras do Estado de Bem-Estar Social, atuando de forma a definir suas disposições e interferindo em seus efeitos e impactos, concomitantemente a que são afetados por eles. Dinamicamente falando, é importante identificar que as mudanças nas estruturas familiares e na situação social das mulheres, ao longo dos anos, acabaram acompanhando intimamente as alterações na conformação e na dinâmica do Estado de Bem-Estar. Já sob o viés comparativo, é interessante observar que os diferentes regimes de Bem-Estar também refletiram as variações dessas estruturas familiares e da situação das mulheres, cada qual com um ponto de vista próprio (DRAIBE, 2007, p. 46).

Além da diversificação dos arranjos familiares e das preferências a respeito da vida conjugal, a diversificação das estruturas dos lares ocorre em um contexto de crescente poder e autonomia econômica e social das mulheres frente ao predomínio que ocorria até então no qual havia severa estabilidade conjugal, dependência econômica, subordinação à autoridade masculina e responsabilidade exclusiva com as tarefas domésticas e de cuidado (ULLMANN; VALERA; RICO, 2014, p. 14).

Ocorre que, apesar de a família estar sofrendo várias alterações, com irrefutável a extinção do modelo nuclear pós-industrial, que era baseado no “marido-provedor, mulher-dona de casa”, Esping-Andersen (1999, p. 72) salienta que o Estado de Bem-Estar Social aparentemente continua a desenvolver suas políticas públicas sob aquela antiga ótica.

Nesse mesmo sentido, Pereira-Pereira (2010, p. 38) salienta que o problema de se eleger a família (tradicional) como fonte privilegiada de proteção social está justamente nas mudanças verificadas na sua organização, gestão e estrutura, isso porque são variadas as formas de família atualmente existentes, sendo que muitos domicílios sequer contam com a presença do homem como fonte de sustento ou apoio moral.

A maior participação feminina no mercado de trabalho, ocorrida seja por opção (em razão do maior acesso à educação ou pela busca de independência econômica/familiar) ou, ainda, em razão da simples necessidade econômica do mundo pós-industrial, vem gerando, então, a necessidade de uma reavaliação do papel do Estado de Bem-Estar e das suas políticas públicas, a fim de que as escolhas femininas possam também se harmonizar com os novos tempos nos quais as tarefas domésticas e os cuidados familiares já não podem lhes ser inteiramente debitados.

E isso não ocorre somente por conta dessa pretensa “emancipação” feminina, isso porque as relações de trabalho do mundo moderno também foram alteradas muito em função da fragilização dos vínculos de emprego e instabilidades econômicas que são ocasionadas por um mercado cada vez mais interligado e globalizado. Existe, portanto, certo choque de interesses ou de expectativas em relação às mulheres, sendo que tal ocorre em razão, compreendemos, do papel biológico que a mulher exerce enquanto reprodutora natural da espécie e também pela enraizada divisão sexual do trabalho existente na sociedade.

Sob a proteção social, Draiber (2007, p. 47) salienta que ela se funda sobre uma divisão do trabalho, que reflete nada mais do que a estrutura patriarcal preponderante nas famílias, incentivada ainda pela legislação e pelos costumes relativos ao matrimônio.

Assim, em relação à provisão social, os sistemas de proteção social acabaram se construindo em virtude de tais paradigmas, o que nos leva a detectar dificuldades de prestação de serviços mais atuais e que possam se adaptar às transformações da família, da sociedade e da mulher. O fato é que, de modo geral, a reprodução social da família remete à mulher o fardo de ter que acumular o papel de reprodutora e cuidadora dos filhos, além de ser a principal protagonista em relação à responsabilidade do lar e com os demais membros familiares (idosos, deficientes, etc.), arcando com um trabalho que sequer lhe é remunerado.

Diante deste quadro é evidente, portanto, que as mulheres estão em desvantagem em termos de escolhas e opções, em razão da impossibilidade de conciliar os interesses da família com as atividades individuais, sobretudo aquelas direcionadas ao mercado de trabalho.

Mas é interessante observar que, a despeito da atual conformação em relação à divisão laboral por gênero, isso nem sempre foi assim. Na verdade, o comportamento da família alterou-

-se bastante a partir do pós-guerra, momento no qual a nova classe trabalhadora urbana aderiu ao modelo do homem-provedor e da mulher-dona de casa.

É que um grande número de mulheres, que até então estavam amplamente acostumadas ao trabalho rural, decidiram que a partir de então permaneceriam em casa, optando por pelo trabalho como “donas de casa” em função da capacidade dos maridos de obter um salário familiar estável. A “desruralização” da economia, que na maioria dos países ocorreu no pós-guerra, acabou, então, causando a diminuição do emprego feminino que até então existia, de modo que as mulheres casadas com homens cujos empregos eram urbanos-industriais preferiram manter-se nas tarefas domésticas (ESPING-ANDERSEN, 1999, p. 38, 43-44).

Mas essa opção foi uma característica das mulheres das classes trabalhadoras, já que aquelas que eram de classe média, com mais instrução, descartaram executar suas tarefas como donas de casa e ingressaram no mercado. Assim, as mulheres trabalhadoras começaram a escolher copiar o modelo de dona de casa, das famílias da classe média, justamente no momento em que estas se voltaram para o mercado de trabalho.

Deste modo, observa Esping-Andersen (1999, p. 44) que a economia política do pós-guerra estava embasada em tipos familiares que já não estão mais presentes: o homem era caracterizado como um operário industrial não muito qualificado, o único a ter renda e a ter direitos sociais. As mulheres, por sua vez, cuidavam do lar e, ao darem a luz, deviam ser as responsáveis pelos filhos e, com o passar do tempo, as responsáveis também pelo amparo aos pais idosos.

Esse modelo criava uma autossuficiência em termos de produção de serviços pessoais e sociais necessários, internalizando na família todas as suas soluções, mas desconsiderando a mulher como figura amplamente prejudicada.

Assim, apesar de a maioria dos países membros da Organização Internacional do Trabalho (OIT) respeitarem em suas legislações o princípio da igualdade de trato e de não discriminação (OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011, p. 102), o fato é que ainda hoje recai sobre o sexo feminino diferenciações sociais ligadas à dupla jornada de trabalho e às responsabilidades com os cuidados familiares, reforçando a desigualdade de oportunidades entre homens e mulheres.

A OIT reconhece também que as mulheres tendem a enfrentar índices de exclusão mais elevados que os homens, devido à discriminação que sofrem ao longo da vida e das responsabilidades familiares e de cuidados que pesam sobre elas (DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD SOCIAL, 2012, p. 15).

Por tudo isso é que compreendemos que, parafraseando Gray (2006, p. 48), para que seja possível a sua sobrevivência, a democracia social deve ter uma moralidade política igualitária.

Assim, fomentando uma conexão entre a teoria dworkiana e a busca pela igualdade de gênero, percebemos que esta passa necessariamente pelo fornecimento de igualitários bens e serviços, o que não têm ocorrido em relação às mulheres, já que elas têm recebido maiores responsabilidades familiares do que os homens.

Em função disso as mulheres ficam à mercê do velho patriarcado representado pelos cônjuges, pais ou irmãos, o que as impede de terem uma vida completa e autônoma em termos de possibilidades e iniciativas. A ausência de adequado suporte para que as mulheres possam deixar de serem as principais responsáveis pelos cuidados com crianças pequenas, idosos e com o próprio lar - numa atividade explorada sem qualquer tipo de remuneração direta -, acaba limitando as possibilidades de escolha das mulheres, dificultando e até impedindo, por exemplo, sua inserção no mercado de trabalho formal e remunerado.

A existência de uma dependência quase tutelar faz com que economicamente elas também fiquem subordinadas ao homem-provedor da casa, e na inexistência de renda própria ou de contribuições previdenciárias para fins de aposentadoria, frequentemente são as maiores clientes em termos de assistência social. E mesmo quando existem direitos destinados exclusivamente às mulheres, como a licença-maternidade, tais benefícios podem acabar por apenas justificar ainda mais as desigualdades em função do gênero.

É isento de dúvida, portanto, que as políticas públicas podem abordar o tema “igualdade de gênero” sob infindáveis aspectos, buscando diferentes soluções ou formas de conduzir o problema.

No que diz respeito a políticas públicas igualitárias em matéria de seguridade social, mais especificamente sob o olhar previdenciário, nos chama a atenção a possibilidade de uma atuação pública diferenciada no que diz respeito à maternidade e as licenças às gestantes. A escolha, pela mulher, pela opção de tornar-se mãe acaba trazendo consigo uma série de responsabilidades que, por questões fisiológicas (como a gestação, o parto e a amamentação no peito) ou culturais, não são compreendidas como aspectos possíveis ou relevantes da atuação masculina na condição de “pai”.

A visão de uma menor, ou mesmo de uma não-participação, paterna com os cuidados com o bebê são reforçados, de um lado, por uma previsão limitada de licenças-paternidade, ao passo que a condição feminina de “cuidadora” exclusiva é reforçada quando se observa a existência de licença-maternidade com duração muito superior.

A respeito da proteção à maternidade das mulheres trabalhadoras, a OIT - Organização Internacional do Trabalho, adota a Convenção n. 183/2000 (esta revisou a Convenção n. 103/1952) que trata do tema.

A Convenção n. 183/2000 determina, em seu artigo 4º, que a licença-maternidade deve ser de, pelo menos, 14 semanas, e, além disso, expressamente prevê que, salvo deliberação interna em contrário de cada país, a fim de proteger a situação das mulheres no mercado de trabalho, a licença deve ser assegurada por meio de um seguro social obrigatório ou fundos públicos, e não diretamente pelo empregador (ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO, 1952).

No Brasil, a licença-paternidade está prevista no Capítulo II, que trata dos direitos sociais, e seu artigo 7º inciso XIX remete-nos à necessidade de lei complementar para sua regulamentação. Na ausência de tal legislação regulamentadora do direito, o que se perpetua até hoje, o artigo 10º do “Ato das disposições constitucionais obrigatórias”, em seu parágrafo 1º, estipula que até que uma lei venha a disciplinar o artigo 7º, XIX, o prazo da licença será de 5 dias.²

Deste modo, este será o prazo previsto de licença aos trabalhadores masculinos vinculados ao RGPS - Regime Geral de Previdência Social, o qual se constitui em causa de interrupção do contrato de trabalho na forma do artigo 473 da CLT (Decreto-Lei n. 5.452/43). Em relação àqueles que são participantes do RPPS - Regime Próprio de Previdência Social (servidores públicos federais referidos na Lei n. 8.112/90), o artigo 208 do estatuto prevê também uma licença de apenas cinco dias.

² Interessante observar que o artigo 71-A da Lei n. 8.213/91 trouxe a possibilidade de recebimento de salário-maternidade pelo prazo de 120 dias ao segurado homem, mas somente àqueles que adotarem ou obtiverem guarda judicial para fins de adoção de criança. Já o artigo 71-B prevê que no caso de falecimento da segurada que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado.

Para a mulher, a licença-gestante está igualmente estampada na Constituição Federal, no artigo 7º, inciso XVIII, onde há a previsão da sua duração pelo prazo de 120 dias.

A regulamentação do direito veio através da CLT no artigo 392 em relação às gestantes vinculadas à legislação trabalhista privada e constituiu-se em causa de interrupção do contrato laboral. Neste caso, no entanto, diferentemente do caso da licença-paternidade no qual o homem simplesmente tem o direito de não ter descontado do salário o período de afastamento, durante o período de licença de 120 dias a segurada receberá um benefício de caráter previdenciário, e pago diretamente pelo próprio empregador.³ Já para as servidoras públicas federais, a licença-maternidade está inserta no artigo 207 da Lei n. 8.112/90.

Ainda em relação à licença destinada à mulher gestante, desde 2008 há no Brasil a possibilidade de que esse prazo seja ampliado por mais 60 dias, totalizando 180 dias de licença-maternidade. Essa previsão veio com o advento da Lei n. 11.770/08 e vale tanto para as trabalhadoras da iniciativa privada quanto às servidoras públicas.

A medida entrou em vigor às servidoras públicas a nível federal logo após a sanção presidencial, através do Decreto n. 6.690/08, todavia, para as trabalhadoras privadas, a possibilidade de ampliação se dá por opção da empresa, que poderá deduzir integralmente o valor pago no imposto de renda devido da pessoa jurídica. Como a adesão é facultativa, estima-se que apenas um percentual reduzido de empresas esteja participando do programa chamado de “empresa cidadã”. O programa prevê, ainda, que a prorrogação será garantida também à empregada ou servidora que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança.

Ainda que numa abordagem superficial do tema, é possível perceber que o período de licença destinada ao homem e à mulher em função do nascimento de filhos é severamente diferente: aos homens apenas 5 dias e, às mulheres, até 180 dias, a depender do caso.

E sobre isso é interessante observar que, contrariamente ao que a nossa intuição poderia imaginar, a previsão dessa licença-maternidade às trabalhadoras do sexo feminino não gera maiores custos diretos aos empregadores.⁴

Isso decorre do fato de que, pelo menos no Brasil, o pagamento da licença-maternidade fica a cargo da previdência social e não do empregador, sendo que o financiamento não tem vinculação alguma com aspectos relacionados à maternidade. Nesse sentido, o valor pago mensalmente pelo empregador a título de contribuições previdenciárias não guarda relação com a quantidade de mulheres empregadas e tampouco se estas estão grávidas ou não (ABRAMO; TODARO, 2005, p. 30).

O custo financeiro de um trabalhador empregado do sexo masculino ou do sexo feminino é, portanto, rigorosamente igual, podendo-se até mesmo dizer que, sob o aspecto das licenças pelo nascimento de filhos, o afastamento do homem seja mais dispendioso do que o afastamento da mulher.

³ Em relação às seguradas na categoria “empregada”, o benefício previdenciário é pago diretamente pelo empregador, porém, o mesmo fará posteriormente o reembolso junto ao INSS, na forma prevista pelo artigo 72 § 1º da Lei n. 8.213/91. Às demais seguradas (avulsa, doméstica, especial, individual, facultativa) o pagamento é feito pelo próprio Instituto.

⁴ E mesmo se fossem contabilizados outros custos diretos relacionados à maternidade e ao cuidado infantil, tais como, o custo pelo afastamento para lactância, a previsão de existência de creches custeadas pelos empregadores nos locais com mais de 30 mulheres empregadas, o custo da substituição do posto de trabalho durante a licença-maternidade, etc., ainda assim o gasto é de apenas 1,2% da remuneração bruta mensal das mulheres no Brasil (ABRAMO, 2005, p. 41).

Isso ocorre porque o afastamento por cinco dias em licença-paternidade é considerado, pela legislação trabalhista, como uma causa de interrupção do contrato de trabalho, de modo que seus vencimentos continuam sendo pagos pelo empregador.

Já a licença-maternidade, apesar de também constituir-se legalmente em causa de interrupção do contrato laboral, tem nítido efeito de suspensão do contrato, já que o pagamento do salário-maternidade, apesar de estar a cargo do empregador, pode ser integralmente reembolsado nos termos do artigo 72 § 1º da Lei n. 8.213/91.

Ainda que se falasse em “custo social” dos benefícios associados à maternidade (dentre eles a licença-maternidade), no sentido de ser compreendido como um dispêndio pago indiretamente pelos empregadores na forma de contribuições sociais, Abramo e Todaro (2005, p. 31) argumentam que os benefícios monetários concedidos às trabalhadoras assalariadas referentes especificamente à licença-maternidade representariam, no Brasil, 1,73% da soma de todos os salários da força de trabalho feminina e apenas 0,64% se contabilizados assalariados homens e mulheres registrados, o que é muito pouco em termos gerais.

E mesmo levando-se a questão a um patamar de comparação entre o custo total de uma trabalhadora que não utiliza dos benefícios da proteção à maternidade em relação à outra que o utiliza, o custo total (já abarcando a contratação de um substituto/a pelo período de licença) entre ambas difere em apenas 9,6% (POCHMANN, 2005, p. 106) no Brasil, o que enfraquece a tese de que a contratação de uma mulher se tornaria um alto risco empresarial em função dos gastos excessivos advindos da sua opção pela maternidade.

Por fim, importante perceber que, não obstante a inexistência de dados e informações fundamentadas, compreendemos que nem mesmo a licença-paternidade estendida traria maiores custos ao empregador - pelo menos no caso de optar-se pela possibilidade de divisão igualitária dos dias de licença como existe, por exemplo, na Suécia.

Isso ocorreria porque do tempo total previsto hoje para a licença-maternidade (que varia de 120 a 180 dias), o casal poderia escolher como cada um utilizaria sua parte, de modo que a licença estendida ao pai seria compensada por uma diminuição daquela até então usufruída pela mãe.

Somente no caso do simples aumento da licença-paternidade de cinco para 30 dias, por exemplo, é que se se poderia falar em eventual aumento dos custos com trabalhadores que se tornassem pais.

Todavia, apesar de eventualmente existir tal aumento de custo (cuja responsabilidade privada ou pública pelo pagamento seria delimitada pelo legislador), é importante não esquecer que ele, por si só, não deve servir como argumento contrário à ampliação da proteção social, isso em função da necessidade de real observância dos valores mais importantes e caros que a sociedade brasileira escolheu proteger, e que estão amplamente previstos na Constituição Federal em relação à proteção à maternidade, à criança, à igualdade de gênero e à família.

E retomando a questão da diferenciação de prazos das licenças, percebe-se que o pequeno período destinado aos homens parece querer demonstrar que a licença-paternidade exerce, na atual configuração, funções apenas acessórias, como a de permitir que o trabalhador consiga se ausentar do emprego para registrar o filho e, quem sabe, auxiliar a mãe no período imediatamente posterior ao parto, até que sua condição de saúde seja restabelecida minimamente (lapso conhecido como período puerperal).

Mas para além do mero registro do filho e do auxílio imediato à mulher quando necessário, a licença-paternidade, caso concedido em número adequado de dias, poderia vir a se constituir em importante mecanismo proporcionador de bem-estar ao bebê e também fortalecer os laços da recém-paternidade, de maneira a engajar de forma mais efetiva a participação do homem.

E não obstante as razões acima, que teoricamente fundamentam ou poderiam fundamentar a concessão licença-paternidade, o que se observa é que a sua previsão tem um grande poder de proporcionar também um meio adequado de inserir a questão da igualdade de gênero, sob o aspecto da liberação da mulher da responsabilidade única pelos cuidados da criança (e do lar como um todo).

A respeito disso, e especialmente em razão das alterações sociais recentes e suas consequências para as políticas públicas e sistemas de proteção, Andrade (2009, p. 61) argumenta que é necessário o incremento das políticas públicas que reinaugurem os contratos de gênero e consigam redistribuir os deveres do lar e possam equalizar as oportunidades de escolhas das mulheres em relação ao mercado de trabalho e aos objetivos familiares.

Talvez o caso mais paradigmático a este respeito seja a Suécia, país no qual a questão da igualdade de gênero e de oportunidades é levada muito a sério há vários anos (veja que pelo menos desde 1974 nem mesmo existe mais a “licença-maternidade”, que foi substituída pela “licença parental”, que pode ser dividida pelo casal), sendo considerado um dos países com maior igualdade entre homens e mulheres do planeta (SWEDEN SVERIGE, 2015).

Lá a seguridade social foi organizada de maneira a fornecer generosos serviços e benefícios, como licenças parentais, o que acabou gerando um incentivo para que as mulheres ingressem no mercado de trabalho, em razão de haver a possibilidade de manutenção do emprego com os cuidados familiares.

No país escandinavo, a concessão de licenças em razão do nascimento de filhos é feita da seguinte maneira: o casal possui o direito a gozar de 480 dias (ou seja, 16 meses de licença remunerada) para cuidar do bebê, sendo que podem dividi-lo como quiserem desde que um dos pais usufrua pelo menos 60 dias.⁵ O prazo para a obtenção da licença é até que a criança cumpra 8 anos de idade ou até que termine o primeiro ano escolar (SUÉCIA, 2012, p. 8).

Durante o primeiro ano de vida do bebê os progenitores podem receber o benefício parental nos mesmos dias (chamados de “dias dobrados”), até o máximo de 30 dias. Após o primeiro ano de vida, os pais deixam de poder solicitar o benefício simultaneamente, todavia, não há empecilho para que cada um usufrua de 50% dele, como por exemplo, um cuidando do filho na parte da manhã e outro na parte da tarde (SUÉCIA, 2012, p. 8).

O benefício é válido tanto para o caso de nascimento como adoção, e a licença pode ser tirada por mês, semana, dia ou até mesmo por horas. Isso significa que a pessoa pode optar por reduzir sua jornada de trabalho ou, ao invés disso, licenciar-se por completo. Outra característica marcante é que no caso de o homem optar por dividir igualmente a licença e usufruir 240 dias (metade do período), o governo paga um “bônus pecuniário”, na intenção de incentivar que os homens participem em maior igualdade no cuidado e criação dos filhos.

⁵ Há a intenção de alterar-se a lei no país para aumentar esse prazo para 90 dias a partir de 2016, no nítido sentido de “forçar” o homem a usufruir de um período mais longo de licença. Notícia disponível em Sibahi (2015).

É interessante observar, contudo, que os números fornecidos pelo governo sueco mostram que as mulheres ainda continuam solicitando a maior parte dos dias, sendo que os homens, em média, respondem por 24% das licenças parentais (SWEDEN SVVERAGE, 2015). Talvez uma das explicações para essa diferença, apesar dos amplos benefícios e possibilidades, esteja no eventual menor salário que as mulheres recebem em certas ocupações, a despeito de viverem num dos países mais igualitários em termos de gênero, e também pela questão de empregos em tempo parcial e a maior instabilidade dos empregos femininos (STATISTICS SWEDEN, 2012).

No Brasil, embora exista a previsão constitucional no sentido da necessidade de observação da igualdade (artigo 5º), de que a família é base da sociedade e tem especial proteção do Estado (artigo 226), de que o Estado brasileiro é fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável (artigo 226, § 7º), dentre outros fundamentos e princípios, o que se percebe é a persistência de um modelo inadequado de licença para a criação dos filhos, ainda calcado na visão do homem-pai-provedor e da mulher-mãe-cuidadora por excelência.

A ausência de uma licença-paternidade em número razoável de dias é aspecto falho da legislação e da política pública em matéria de seguridade social e de igualdade de gênero, que torna a mulher ainda mais (unicamente) responsável pelos cuidados do filho e do lar, impedindo ou no mínimo postergando suas opções de escolhas pessoais, como, por exemplo, a de inserir-se (ou reinserir) no mercado de trabalho no pós-parto.

Desta forma, os poucos dias de licença-paternidade fazem com que os cuidados com a criança sejam focalizados na mãe, impedindo ou retardando a sua possibilidade de “mercantilização”, ou seja, a condição de participar do mercado trabalho remunerado fora do lar (que sequer lhe é retribuído financeiramente).⁶

Não raro, mas também decorrente de outras espécies de deficiências de serviços públicos - como a ausência de creches ou escolas -, a mulher acaba permanecendo afastada do mercado de trabalho remunerado por vários anos, até que a criança atinja uma idade em que possa ter certa independência, aspecto este que evidencia que a não prestação adequada de benefícios e serviços é um limitador para o atingimento da igualdade de gênero.

3 CONCLUSÃO

A intenção do artigo foi procurar demonstrar que as políticas públicas podem se realizar de maneira a também contemplar a igualdade de gênero, mesmo que sob vias transversas como na seara previdenciária.

E ainda que sozinhas não consigam estabelecer uma adequada igualdade de gênero, tais políticas são formas importantes de fomento à responsabilização conjunta pelos cuidados da criança. Assim, em razão de uma maior participação masculina nessas responsabilidades, a mulher pode deixar de ser a única cuidadora dos filhos, resultando na ampliação de suas oportunidades.

⁶ Sobre a necessidade de mercantilização das mulheres como um requisito prévio para uma posterior “desmercantilização” dos indivíduos - no sentido de haver alternativas de renda ao mercado laboral, a exemplo do que ocorre em Estados de Bem-Estar Social avançados como a Suécia -, consultar a obra de Kerstenetsky (2012) e principalmente o estudo realizado por Esping-Andersen (1999).

Como resultado, é esperada uma alteração de paradigmas em termos igualdade de gênero, abrindo-se campo para uma visão na qual as opções e responsabilidades de cada um não devem depender do simples fato de se nascer sob um ou outro sexo.

PUBLIC POLICIES AND THE GENDER ISSUE: BRIEF ASPECTS ABOUT THE EXTENDED PATERNITY LEAVE AND ITS REFLECTIONS ON THE GENDER EQUALITY

ABSTRACT

The paper addresses the concept of public policy, its origins, minimum settings and what the scope that aim. Under the philosophical view of Dworkin about distributive justice, it is introduced the theme of equality, in this case represented by the search for gender equality between men and women. One of the ways in which gender equality can be achieved is through public policies on social security, and relevant ones designed to match the responsibility to care for the children through paid leave with longer terms to men. Under the Swedish paradigm, it is possible see that the granting of parental leave for both parents is a relevant aspect in reset of the boundaries of responsibilities in home care with regard to gender, increasing the possibility of women's choices opportunity to think about become mothers.

Keywords: Fundamental rights. Gender equality. Social Security.

REFERÊNCIAS

ABRAMO, Laís; TODARO, Rosalba. Custos do trabalho e reprodução social em cinco países latino-americanos. In: ABRAMO, Laís (Ed.). *Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres*. Brasília: OIT, 2005.

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.

DEPARTAMENTO DE SEGURIDAD SOCIAL. *Seguridad social para todos: la estrategia de la Organización Internacional del Trabajo: establecimiento de pisos de protección social y de sistemas integrales de seguridad social*. Ginebra: Oficina Internacional del Trabajo, 2012. Disponível em: <<http://www.ilo.org/gimi/gess/RessourceDownload.action?ressource.ressourceld=34193>>. Acesso em: 19 jun. 2014.

DRAIBE, Sônia M. Estado de Bem-Estar, Desenvolvimento Econômico e Cidadania: algumas lições da literatura contemporânea. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

DWORKIN, Ronald. *A virtude soberana. A teoria e a prática da igualdade*. Tradução Jussara Simões. 2. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes Ltda, 2013.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução Nelson Boeira. 3. ed. São Paulo: Wmf Martins Fontes Ltda, 2011.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. As três economias políticas do Welfare State. In: ESPING-ANDERSEN, Gosta (Org.). *The Three Worlds of Welfare Capitalism*. Tradução Dinah da Abreu Azevedo. Princeton: Princeton University Press, 1990. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/ln/n24/a06n24.pdf>>. Acesso em: 18 nov. 2014.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. *Fundamentos sociales de las economías postindustriales*. Barcelona: Ariel, 1999.

FERREIRA, Lauro Cesar Mazetto. *Seguridade Social e Direitos Humanos*. 1. ed. São Paulo: LTR, 2007.

- FLEURY, Sonia. A seguridade social e os dilemas da inclusão social. *Revisa de Administração Pública*, Rio de Janeiro, v. 3, n. 39, p. 449-469, jun. 2005.
- GRAY, John. *Jogos Finais: questões do pensamento político moderno tardio*. Tradução Magda Lopes. São Paulo: Unesp, 2006.
- GUEST, Stephen. Ronald Dworkin. Tradução Luís Carlos Borges. São Paulo: Campus, 2010.
- KERSTENETSKY, Celia. *O Estado do bem-estar social na idade da razão*. Rio de Janeiro: Campus, 2012.
- MASSA-ARZABE, Patrícia Helena. Dimensão jurídica das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- OBANDO CAMINO, Iván Mauricio. El derecho a la seguridad social en el constitucionalismo chileno: un continente en busca de su contenido. *Estudios Constitucionales*, v. 10, n. 1, p. 289-338, 2012. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82024258008>>. Acesso em: 09 ago. 2014
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO. Estudio General relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa. *Genebra: Oficina Internacional del Trabajo*, 2011. Disponível em: <http://www.ilo.int/global/standards/WCMS_152916/lang--es/index.htm>. Acesso em: 06 jun. 2014.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção n. 183. 1952*. Disponível em: <http://www.ilo.org/public/portugue/region/eurpro/lisbon/pdf/conv_183.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2015.
- PEREIRA-PEREIRA, Potyara Amazoneida. Mudanças estruturais, políticas social e papel da família: crítica ao pluralismo de bem-estar. In: SALES, Mione Apolinario; MATOS, Maurílio Castro de; LEAL, Maria Cristina (Org.). *Política Social, Família e Juventude: uma questão de direitos*. 6. ed. São Paulo: Cortez, 2010.
- POCHMANN, Márcio. Emprego e custo do trabalho feminino no Brasil no final do século XX. In: ABRAMO, Laís (Ed.). *Questionando um mito: custos do trabalho de homens e mulheres*. Brasília: OIT, 2005.
- PROCOPIUCK, Mario. *Políticas públicas e fundamentos da administração: Análise e Avaliação, Governança e Redes de Políticas*, Administração Judiciária. São Paulo: Atlas, 2013.
- ROCHA, Daniel Machado da. *O Direito Fundamental à Previdência Social na perspectiva dos princípios constitucionais diretos do sistema previdenciário brasileiro*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico constitucional necessária e possível. *Revista Brasileira de Direito Constitucional*, São Paulo, n. 9, p. 361-388, jan. 2007. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-09/RBDC-09-361-Ingo_Wolfgang_Sarlet.pdf>. Acesso em: 11 mar. 2014.
- SIBAHÍ, Pedro José. *Suécia vai aumentar ainda mais a licença paternidade*. *Brasil Post*, 2015. Disponível em: <http://www.brasilpost.com.br/2015/05/29/suecia-licenca-paternidade_n_7473704.html>. Acesso em: 31 maio 2015.

SOUZA, Celina. Estado da Arte da Pesquisa em Políticas Públicas. In: HOCHMAN, Gilberto; ARRETCHE, Marta; MARQUES, Eduardo (Org.). *Políticas públicas no Brasil*. Rio de Janeiro: Fiocruz, 2007.

STATISTICS SWEDEN (Suécia). Population Statistics Unit. Women and men in Sweden 2012 Facts and figures. Örebro: SCB-Tryck, 2012. Disponível em: <http://www.scb.se/statistik/_publikationer/LE0201_2012A01_BR_X10BR1201ENG.pdf>. Acesso em: 02 maio 2015.

SUÉCIA. *El seguro social [Om socialförsäkringen]*. 2012. Disponível em: <http://www.forsakringsskassan.se/wps/wcm/connect/28231377-3489-4eb6-af8d-b0be427b2e88/Socialforsakringen_FK_4000_es.pdf?MOD=AJPERES>. Acesso em: 01 maio 2015.

SWEDEN SVERIGE, Gender equality in Sweden. Disponível em: <<https://sweden.se/society/gender-equality-in-sweden/>>. Acesso em: 01 maio 2015.

ULLMANN, Heidi; VALERA, Carlos Maldonado; RICO, María Nieves. La evolución de las estructuras familiares en América Latina, 1990-2010: Los retos de la pobreza, la vulnerabilidad y el cuidado. 193. ed. Santiago: *Impreso En Naciones Unidas*, 2014. Disponível em: <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36717/S2014182_es.pdf?sequence=1>. Acesso em: 11 mar. 2015.

Capítulo II

A Proteção Constitucional ao Trabalho Digno



Editora Unoesc

POLÍTICAS PÚBLICAS DE COMBATE AO TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO: A NOVA REDAÇÃO DO ARTIGO 243 DA CONSTITUIÇÃO COMO INSTRUMENTO DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO FUNDAMENTAL AO TRABALHO DIGNO

Darléa Carine Palma*
Rogério Luiz Nery da Silva**

RESUMO

O presente trabalho objetiva discorrer sobre as políticas públicas de erradicação do trabalho escravo, relacionando o tema com a redação conferida pela Emenda Constitucional 81/2014 ao artigo 243 da Constituição da República Federativa do Brasil, de forma a verificar se a nova disciplina constitucional contribui para a efetivação do direito fundamental ao trabalho digno em contraponto às formas contemporâneas de escravidão. O conteúdo é abordado com fulcro no princípio da dignidade da pessoa humana, situando o trabalho digno e sua efetivação como grandes vertentes do referido princípio. A partir da análise doutrinária e da interpretação do texto constitucional, debate-se o tema do cerceamento da liberdade do trabalhador a ponto de suprimir sua dignidade. Parte daí a importância da verificação do assunto sob o prisma das políticas governamentais de erradicação, de forma que se discuta a coibição de práticas resultantes da soma do trabalho degradante com a privação de liberdade.

Palavras-chave: Princípio da dignidade da pessoa humana. Trabalho escravo contemporâneo. Políticas públicas. Trabalho digno.

1 INTRODUÇÃO

O trabalho escravo reduz a pessoa humana a um “objeto comercializável”, afastando-a da dignidade que lhe é assegurada normativamente. A partir dessa afirmação, ganha força a discussão sobre a implementação de políticas destinadas ao combate à escravidão contemporânea, precipuamente se verificado o contexto econômico atual, em que as manifestações de progresso e avanço nas diversas facções da sociedade pautam-se no aumento do poderio econômico em detrimento da justiça social.

No Brasil, desde os tempos pretéritos, a principal causa da escravidão afirmou-se como sendo a exploração econômica - o que prevalece, ainda, na época atual. A prática escravagista contemporânea, a par da verificada e histórica opressão, manifesta-se na forma da clandestinidade e é marcada pelo autoritarismo, aliando o cerceamento da liberdade do trabalhador com a violação de seu direito fundamental ao trabalho digno.

* Mestranda em Direito pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Especialista em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professora no Curso de Direito e Pesquisadora-docente da Universidade do Oeste de Santa Catarina na linha de pesquisa em Políticas Públicas de Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais; Advogada; darlea.palma@unoesc.edu.br

** Pós-doutor em Direito Constitucional pela New York Fordham University (EUA); Doutor em Direito Público (Direitos Fundamentais e Novos Direitos); Mestre em Direito e Economia; Professor-doutor do Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu - Mestrado em Direito; Pesquisador líder de grupo em Direitos Fundamentais Sociais na Universidade do Oeste de Santa Catarina; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; dr.rogerionery@gmail.com

O trabalho escravo é um problema social dos mais significativos na sociedade moderna. Todavia, independentemente da ocorrência de marcos históricos e legislativos, representativos do rompimento com as antigas práticas de trabalho escravo, não se pode, nos dias atuais, abordar a temática sem tratar, conjuntamente, da dignidade da pessoa humana, já que esse princípio, em âmbito interno, norteia a estruturação jurídica da sociedade brasileira.

No contexto atual, como instrumentos de ação dos governos, as políticas públicas devem acompanhar as necessidades sociais e o reconhecimento dos direitos, a fim de que a esfera democrática seja efetivamente oportunizada e exercida. Dessa forma, se as políticas públicas correspondem a um processo de eleição de instrumentos para a realização dos objetivos do Estado - com a participação, muitas vezes, de interesses privados em conjunto com as ações dos agentes públicos nos processos de formulação e implementação -, podem, tais políticas, transcender os instrumentos normativos dos programas de governo e inserir-se em um contexto mais amplo, a fim de que se afirme sua legitimidade e eficiência.

Verifica-se, dessa forma, a participação estatal com a adoção de posturas legislativas mais rigorosas, bem como a realização de fiscalizações mais constantes e efetivas, visando à erradicação dessa prática, por parte dos Poderes instituídos. Exemplo disso é o marco legislativo consubstanciado na nova redação conferida pela Emenda Constitucional n. 81/2014 ao artigo 243 da Constituição da República Federativa do Brasil, que coíbe a exploração do trabalho escravo.

Partindo desses postulados, o presente estudo destina-se a avaliar a questão do trabalho escravo contemporâneo no Brasil, bem como o valor social, científico e jurídico das políticas públicas veiculadas com o intuito de combater a prática escravagista hodierna, inclusive com análise da novidade legislativa introduzida pela referida emenda constitucional. Busca-se, com base em pesquisas doutrinárias e interpretações dos textos normativos, utilizando-se do método dedutivo, analisar o tema, com vistas a esclarecer aspectos relevantes do ponto de vista social e acadêmico.

2 POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO: UM RECORTE CONCEITUAL NECESSÁRIO

O Estado, por meio de seus agentes e instituições, na busca de conferir efetividade aos direitos sociais insculpidos na Constituição de 1988, vale-se, em muitas circunstâncias, da formulação e execução de políticas públicas, já que a simples positivação não assegura o efetivo cumprimento dos direitos declarados no texto constitucional. Nessa seara, o direito fundamental ao trabalho digno, assegurado indistintamente a todos, demanda, precipuamente, da concretização de várias ações afirmativas, uma vez que confere aos cidadãos a prerrogativa de “exigir” do Estado a prestação desse direito para que a norma venha a alcançar seu pleno efeito.

Tais premissas, oriundas da interpretação do texto constitucional, encontram-se lançadas em um contexto social deveras peculiar, uma vez que a sociedade brasileira contemporânea convive com diversas celeumas não condizentes com o modelo estatal que se objetiva. Os problemas sociais evidenciados, como a criminalidade, a violência, a segregação social, a falta de acesso aos bens e serviços públicos, entre outros, não traduzem a justiça e a paz social almejadas pela Constituição.

No atual plano democrático constitucionalizado, instituiu-se um grande rol de deveres e direitos no que concerne ao exercício do trabalho digno, prevendo-se muitos direitos aos cidadãos

e, igualmente, um grande elenco de deveres prestacionais aos entes federados. Entretanto, consoante já salientado, não é só pela previsão normativa que se logra êxito na efetivação de direitos, mas, sobretudo, é pela eficácia e efetividade das ações governamentais, por meio, muitas vezes, da execução de políticas públicas, que tal desiderato pode ser alcançado. Assim, poder-se-ia vislumbrar as políticas públicas não apenas como um dever atribuído ao Estado, pelo qual se impõe a realização de medidas assecuratórias de efetivação de direitos dos cidadãos, mas, também, como um significativo instrumento para a solução de muitos dos problemas sociais que afligem a população brasileira nos dias atuais.

A análise das políticas públicas é inafastável da associação com o Estado de bem-estar social, dado o caráter dirigente e prestacional que caracterizam este modelo estatal. Da mesma forma, agrega-se o tema à já referida dignidade da pessoa humana, às teorias dos direitos fundamentais, à principiologia atrelada aos direitos sociais e ao manejo dos institutos conforme o contexto social em que se inserem. Salienta-se, nesse sentido, que o rol de direitos fundamentais nas constituições costuma regular de modo excessivamente aberto e controverso a questão acerca da estrutura normativa mínima do Estado e da sociedade. O direito ao trabalho digno, como direito social fundamental, não pode ser dissociado dessa seara, bem como dos conceitos dotados de fundamentalidade, como a dignidade, a liberdade e a igualdade.

As políticas públicas, de modo geral, foram alvo de uma necessária caracterização com o passar do tempo, na história moderna. Partindo-se de uma concepção mais universalista para um enfoque mais específico aos menos “favorecidos”, muito se conectou o tema à diminuição das desigualdades sociais e ao fomento do crescimento econômico, a fim de que fossem cumpridas as determinações normativas. Pode-se, nesse sentido, trazer à análise concepções de políticas públicas (policies) que a vinculam como padrões de conduta proponentes de objetivos a serem alcançados, normalmente melhorias em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade.

A origem normativa das políticas públicas resulta, no sistema constitucional brasileiro, da iniciativa legislativa. Dessa forma, as políticas públicas expressam-se, mais comumente, por meio de leis, não obstante se traduzam em programas de ação.

O Estado possui a função de prestar e/ou coordenar ações públicas para a efetiva realização dos direitos fundamentais, legitimando-se tais ações pelo convencimento social acerca da necessidade da realização desses direitos. Nessa seara, evidencia-se a participação estatal na concretização dos direitos sociais, que se efetivam por meio de prestações positivas, pois consistentes em “poderes” (diferentemente dos direitos fundamentais de primeira dimensão/geração, que consistem em liberdades, segundo a percepção doutrinária).

No contexto atual, como instrumentos de ação dos governos, as políticas públicas devem acompanhar as necessidades sociais e o reconhecimento dos direitos, a fim de que a esfera democrática seja efetivamente oportunizada e exercida. As políticas públicas, assim, constituem-se em verdadeiros instrumentos de democracia, até porque “[...] direitos do homem, democracia e paz são três momentos necessários do mesmo movimento histórico: sem direitos do homem reconhecidos e efetivamente protegidos não existe democracia.” (BOBBIO, 2004, p. 203).

Várias são as previsões normativas e políticas instituídas para a proteção do trabalhador; em sua maioria, originadas a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas (datada de 1948 e extraída do contexto posterior à primeira Grande Guerra). Destaca-se da Declaração, segundo Moraes (2011, p. 15), o que consta do artigo XXIII, pelo qual

todo homem tem direito ao trabalho, à livre escolha de emprego, a condições justas e favoráveis de trabalho, à proteção contra o desemprego, à igual remuneração por igual trabalho e a organizar sindicatos para proteção de seus interesses. Já em seu artigo XXIV, a Declaração preconiza que todo homem tem direito ao repouso e ao lazer, à limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas.

Embora com grande relevância internacional, tais dispositivos não foram suficientes para garantir todos os direitos essenciais aos trabalhadores, até porque foram omissos ao indicar direitos necessários para sua efetivação, como, por exemplo, o trabalho saudável, seguro e igualitário.

Em âmbito internacional, com grande atuação no Brasil, há que se destacar o trabalho desenvolvido pela Organização Internacional do Trabalho (OIT). Fundada em 1919 com o objetivo de promover a justiça social, a OIT é a única das Agências do Sistema das Nações Unidas que apresenta estrutura tripartite, na qual os representantes dos empregadores e dos trabalhadores têm os mesmos direitos que os do governo. No Brasil, a OIT tem mantido representação desde 1950, com programas e atividades que têm refletido os objetivos da Organização ao longo de sua história.

Uma das principais frentes de trabalho da OIT é o combate ao trabalho escravo, por meio de sua representação no Brasil, com medidas contundentes de erradicação. A Organização trata do tema nas Convenções n. 29, datada de 1930, e n. 105, de 1957, ambas ratificadas pelo Brasil. A primeira convenção dispõe sobre a eliminação do trabalho forçado ou obrigatório em todas as suas formas, admitindo apenas poucas exceções de trabalho obrigatório, tais como o serviço militar, o trabalho penitenciário adequadamente supervisionado e o trabalho obrigatório em situações de emergência, como guerras, incêndios, terremotos, entre outros. Já a segunda convenção, trata da proibição do uso de toda forma de trabalho forçado ou obrigatório como meio de coerção ou de educação política, castigo por expressão de opiniões políticas ou ideológicas, medida disciplinar no trabalho, punição por participação em greves, como medida de discriminação.

Ao se abordar políticas públicas referentes à efetivação do direito ao trabalho digno, portanto, necessário estabelecer que a concretização dos direitos se afigura como limite e como tarefa, simultaneamente, dos poderes estatais e de todos, ao mesmo tempo. Como objetivo da atuação estatal, a dignidade da pessoa humana impõe direitos fundamentais (negativos) contra ameaças, ao passo que, como tarefa, imputa medidas positivas (prestações) de respeito e promoção dos direitos, por meio das políticas públicas.

3 O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO EM CONTRAPOSIÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Ao ser humano, é resguardada a dignidade, sob todos os seus aspectos. Trata-se de um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, com esteio constitucional, e um dos princípios estruturantes do sistema jurídico pátrio, previsto no art. 1º da Constituição da República (BRASIL, 1988).

Como valor que fundamenta todo o ordenamento jurídico brasileiro, o princípio da dignidade humana, trazido na Constituição de 1988, possui valor supremo e é um dos ícones do significado de direitos humanos e de democracia. Independentemente de qual seja o enfoque ou a circunscrição territorial, é praticamente absoluta a aplicação da dignidade da pessoa humana como elemento morfológicamente intrínseco aos direitos humanos insculpido por inúmeros povos.

Percebe-se, facilmente, que a Constituição vigente no Brasil vinculou o princípio da dignidade da pessoa humana a outros direitos fundamentalmente protegidos, como o direito à liberdade, à vida, à integridade física e psíquica, à honra, à intimidade, ao trabalho, à saúde e à moradia, dentre outros. A normatização de maior hierarquia brasileira reconheceu, ainda, os direitos sociais e proclamou a ordem econômica, consistente na valorização do trabalho humano, com a finalidade de assegurar a todos existência digna.

Sendo a dignidade da pessoa humana um núcleo essencial para os demais direitos, deve ser, tal princípio, visto como base protetiva individual para a oportunização, a todos, de um tratamento igualitário, paralelamente às carências econômicas, sociais, físicas e intelectuais. Nesse sentido, deduz-se que, tratando-se igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, seria possível obter o real alcance do princípio da isonomia.

A dignidade humana, se considerada, ainda, como um valor de cunho social, pode ser vista como mutável, em constante desenvolvimento, acompanhando as transformações sociais no tempo e espaço. Sob esse ponto de vista, entende-se por que, ao longo da história, diversos conceitos foram utilizados para definir o significado de dignidade humana, levando em conta, além dos fatores sociais, os políticos, que também contribuem para esta evolução.

De qualquer forma, a dignidade é própria e intrínseca do ser humano, servindo, justamente, para diferenciar o ser humano das demais criaturas. Ao mesmo tempo, cada ser humano é dotado da mesma dignidade. Nesse sentido, Sarlet (2011, p. 73) leciona como sendo a dignidade humana uma qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano, fazendo-o merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade. Tal entendimento implica reconhecer um complexo de direitos e deveres fundamentais aptos a proteger as pessoas contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano. Ainda, importam em 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 humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Em razão de a dignidade ser uma característica indissociável e inerente ao próprio ser humano é, portanto, uma meta do Estado Democrático de Direito mantê-la e protegê-la, notadamente quando analisado o posicionamento filosófico que a relaciona com a posição do homem perante a sociedade. Cumpre salientar, por oportuno, que a ligação desse princípio aos conjuntos de valores sociais, políticos e individuais visa às condições mínimas para uma vida substancialmente digna.

Todos os seres racionais estão, pois, submetidos a uma “lei” no sentido de que cada um jamais se trate, a si mesmo, ou aos outros, simplesmente, como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si. Assim, por ser, a dignidade, valor intrínseco à condição da pessoa humana, não se pode admitir quaisquer violações a ela, tratando-se de um elemento insubstituível, como valor normativo fundamental resguardado constitucionalmente, com atração e orientação ao conteúdo de todo rol de direitos fundamentais do homem.

Os próprios direitos sociais - como é o caso do direito ao trabalho - encontram-se intrinsecamente relacionados com a dignidade humana. Nesse sentido, destaca Schwarz (2011, p. 27), ao tratar das garantias e da imprescindibilidade dos direitos sociais, que a fundamentação argumentativa da validade universal dos direitos humanos deve-se basear em uma ideia adequada de dignidade humana, constituindo-se, esta, em um elemento indispensável para a constituição dos direitos humanos. Ou seja, os direitos sociais são direitos fundamentais, exigíveis em nome de

todos e para todos, imprescindíveis para a vida e a dignidade, ao mesmo tempo em que falar de direitos humanos é falar de direitos sociais que sejam acessíveis a todos (SCHWARZ, 2011, p. 11-12).

A assinatura da Lei Áurea, em 13 de maio de 1888, representou o fim do direito de propriedade de uma pessoa sobre a outra, acabando com a possibilidade de se possuir, legalmente, escravos no Brasil. No entanto, persistiram situações capazes de manter o trabalhador sem possibilidade de se desligar de seus empregadores e de exercer o labor em condições dignas.

As diversas modalidades de trabalho escravo no mundo têm sempre em comum duas características: o uso da coação e a negação da liberdade. No Brasil, o trabalho escravo resulta da soma do trabalho degradante com a privação de liberdade. O trabalhador fica preso a uma dívida, tem seus documentos retidos, é levado a um local isolado geograficamente que impede o seu retorno para casa - isso quando não é impedido de sair do local por seguranças armados. Nesse sentido, trabalho escravo refere-se às condições degradantes de trabalho aliadas à impossibilidade de saída ou escape das fazendas em razão de dívidas fraudulentas ou guardas armados.

Frisa-se que esse segundo fator (cerceamento da liberdade) nem sempre é visível, uma vez que não mais se utilizam correntes para prender o homem, mas, sim, ameaças físicas, terror psicológico ou mesmo as grandes distâncias que separam o local em que se encontram da cidade mais próxima. Para a caracterização do trabalho escravo ou forçado, dentro de uma visão mais clássica, entende-se imprescindível que o trabalhador seja coagido a permanecer prestando serviços, impossibilitando ou dificultando, sobremaneira, o seu desligamento. Tal coação pode ocorrer de diversas formas, a seguir descritas.

A primeira forma constitui-se na coação moral, quando o tomador dos serviços (valendo-se da pouca instrução e do elevado senso de honra pessoal dos trabalhadores, geralmente pessoas pobres e sem escolaridade) submete os empregados a elevado valor de dívidas, constituídas fraudulentamente, com a finalidade de impossibilitar o desligamento do trabalhador. É o chamado regime da “servidão por dívidas” (truck system), vedado pelo ordenamento jurídico.

Já a segunda, trata da coação psicológica, configurada quando os trabalhadores são ameaçados de sofrer violência, a fim de que permaneçam trabalhando. Tais ameaças dirigem-se, normalmente, à integridade física dos obreiros, sendo comum, em algumas localidades, a utilização de empregados armados para exercerem essa coação. Inclui-se, também, nessa modalidade a ameaça de abandono do trabalhador à sua própria sorte, o que, em determinados casos, constitui-se em um poderoso instrumento de coação psicológica, haja vista que, muitas vezes, o local da prestação de serviços é distante e inóspito, situado a centenas de quilômetros das cidades ou distritos mais próximos.

A terceira, e última, constitui-se na coação física, verificada quando os trabalhadores são submetidos a castigos físicos, ou mesmo assassinados, servindo como exemplos àqueles que pretendam enfrentar o tomador dos serviços.

Outros eficazes métodos de coação costumam ser utilizados, como, por exemplo, a apreensão de documentos e de objetos pessoais dos trabalhadores.

É difícil estimar o número de trabalhadores que exercem suas funções de forma escravista, porque, uma vez denunciado, o trabalho forçado deixa de existir. Frisa-se, nesse sentido, que, desde a implementação, no Brasil, de políticas públicas de combate ao trabalho escravo, milhares de pessoas já foram libertadas dessa condição, tanto na zona urbana quanto na zona rural, sejam homens, mulheres ou crianças; trabalhadores em condições similares às de escravos foram en-

contrados em áreas como pecuária, desmatamento, produção de cana-de-açúcar, de carvão e de grãos; em bordeis, obras ou oficinas de costura. Isso vem a desmistificar a vinculação de trabalho escravo apenas com o meio rural.

No Brasil, são mantidas relações provenientes do trabalho escravo principalmente em regiões em que a democracia é frágil e em que se percebe ausente o poder estatal. As regiões mais afetadas pela perpetuação do escravismo pertencem aos Estados do Pará, Maranhão, Mato Grosso e Bahia, tendo grande destaque, também, em cidades localizadas em São Paulo, Rio de Janeiro e Minas Gerais, não ocorrendo - reitera-se - somente nas áreas rurais (GONZALEZ; ANDRADE, 2007, p. 67).

Analisando esses fatos, juntamente com os acontecimentos relatados atualmente na mídia, observa-se que as condições de trabalho relatadas antigamente ainda são vivenciadas nos dias atuais, mantendo, de certa forma, o perfil escravista, ainda que de forma mais “branda”. Percebe-se, nesse sentido, a oferta de baixos salários, condições de trabalho insalubres e os trabalhadores sem meios práticos e efetivos de exercer o direito de escolher uma profissão digna e decente.

Gonzalez e Andrade (2007, p. 66) afirmam que tal prática ocorre, ainda, em diversas regiões do país, alertando que tal situação não se resume à região de expansão agrícola amazônica, mas está presente em carvoarias do cerrado, nos laranjais e canaviais do interior paulista, em fazendas de algodão do Nordeste, nas pequenas tecelagens do Brás e Bom Retiro, da cidade de São Paulo.

Atualmente, liga-se aos fatores sociais, possuindo como pressupostos precárias condições de vida e ausência de melhorias na região de origem. São verificadas realidades com extensas jornadas de trabalho, salários irrisórios, discriminação e demais precariedades, sendo que, ainda hoje, apesar de alguns meios de proteção quanto ao trabalho escravo, tendo em vista as poucas alternativas de um trabalho considerado “melhor”, as pessoas acabam por aceitar “qualquer” emprego, chegando até mesmo a comprometer sua sobrevivência. É dessa forma que se chega a diversas situações em que os direitos fundamentais são negados aos trabalhadores.

A par dos elementos históricos já trazidos, constata-se que, por muito tempo, não existiu nenhum instrumento eficaz de proteção a que os trabalhadores pudessem recorrer quando submetidos a abusos. O trabalho foi adquirindo o status de instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana ao longo de sua própria história, até atingir, nos tempos atuais, a natureza de direito fundamental social do cidadão brasileiro, nos termos do artigo 6º da Constituição da República.

O princípio da dignidade humana, também insculpido constitucionalmente, possui, por sua vez, inquestionável força normativa, configurando-se num regulador de todas as relações intersubjetivas disciplinadas pelo Direito, notadamente em âmbito trabalhista. Verifica-se, assim, que, sendo a dignidade da pessoa humana um princípio geral do Direito, deve ser fonte inesgotável à qual deve recorrer todo legislador e operador do Direito nos processos de elaboração, aplicação e integração do ordenamento jurídico.

No Direito do Trabalho, como corolário dessa norma-princípio fundamental, as relações jurídico-trabalhistas devem sempre preservar e resguardar a dignidade do trabalhador - até porque o trabalho digno é, indiscutivelmente, um dos principais instrumentos de solidificação da dignidade do ser humano. Todavia, não são raros, infelizmente, no cotidiano, os vários exemplos de afronta a esse princípio geral fundamental, como acontece nos casos de trabalho escravo.

O constituinte, ao erigir a dignidade da pessoa humana a fundamento da República Federativa do Brasil, buscou enfatizar que os pilares do Estado Democrático de Direito se apoiam nessa noção. Dessa maneira, a dignidade, enquanto bem jurídico inerente à própria condição humana,

revela-se inestimável objeto de tutela do intérprete e aplicador do Direito do Trabalho. Por isso, o direito ao labor deve ser entendido como o direito ao trabalho em condições decentes, de forma a assegurar a valorização social do próprio trabalho, assim como o efetivo respeito à dignidade da pessoa humana do trabalhador.

4 A CONTRIBUIÇÃO TRAZIDA PELA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 81/2014 ÀS POLÍTICAS PÚBLICAS DE EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DIGNO E À ERRADICAÇÃO DO TRABALHO ESCRAVO

O Brasil desenvolve, há algumas décadas, políticas e ações integradas no sentido de combater o trabalho escravo, visando erradicar práticas de conduzam os trabalhadores a condições análogas a de escravos. Não se pode, todavia, olvidar que tais medidas não foram suficientes, até os dias atuais, para eliminar a combatida prática, já que ainda existem milhares de pessoas trabalhando cerceadas de sua liberdade, com restrição em sua dignidade, sendo tratadas como objetos comerciáveis.

No plano normativo vigente, a conduta de submeter alguém a condições análogas à de escravo está tipificada no artigo 149 do Código Penal (BRASIL, 1940). Já a extensão da legislação trabalhista no meio rural possui mais de quarenta anos (Lei n. 5.889/1973, com alterações pela Medida Provisória n. 2.164-41, de 2001, e pela Lei n. 11.718, de 2008). Portanto, tanto a existência do crime como a obrigação de garantir os direitos trabalhistas não são temas novos e desconhecidos no mundo jurídico. Inúmeros já são, inclusive, os debates no meio jurídico sobre essa problemática.

Os proprietários rurais que, costumeiramente, exploram o trabalho escravo, na maioria das vezes, são pessoas instruídas, que vivem nos grandes centros urbanos do país, possuindo excelente assessoria contábil e jurídica para suas fazendas e empresas. Ou seja, certamente são conhecedores da legislação e das implicações de seu descumprimento (o que, infelizmente, não os impede de perpetrar o crime de submeter empregados às condições análogas à de escravo).

Contudo, tanto a questão da competência para julgar o crime quanto o parâmetro atual da pena mínima prevista no artigo 149 do Código Penal (BRASIL, 1940), que é de dois anos, têm inibido qualquer ação penal efetiva. Há vários dispositivos favoráveis ao condenado que permitem abrandar a eventual execução da pena, que pode ser convertida em distribuição de cestas básicas ou prestação de serviços à comunidade, por exemplo.

Por pressão da sociedade civil organizada e pela flagrante necessidade de eliminação do trabalho escravo no país, o Governo, de modo geral, começou a tomar providências no sentido de buscar a erradicação do trabalho escravo contemporâneo. Atualmente, diversas são as “frentes de combate”, por intermédio de programas que buscam a conscientização e o incentivo a denúncia de casos.

Para apurar as denúncias e resgatar os trabalhadores do cativo, foi criado, em 1995, o Grupo Especial de Fiscalização Móvel (GEFM), reunindo voluntários entre fiscais do trabalho, policiais federais, procuradores, fiscais do Ibama, etc. O Grupo passou a operar em condições difíceis, perigosas, objetivando libertar os trabalhadores, pagar-lhes o que lhes foi sonogado, calcular valores a receber e, inclusive, pressionar empregadores a reverter situações de exploração.

Por muitas vezes, esse Grupo Móvel foi o responsável por expedir a Carteira de Trabalho dos empregados, o que, para muitos, foi o primeiro documento de identidade de sua vida, o primeiro sinal de conquista da cidadania.

Procurando dar seguimento a compromissos assumidos pelo Brasil quando da ratificação das Convenções n. 29 e 105 e, também, quando da adoção da Declaração da OIT sobre Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho, foi lançado o Projeto OIT de Cooperação Técnica Combate ao Trabalho Forçado no Brasil. Buscou, tal medida, promover a atuação integrada e fortalecer as ações de todas as instituições nacionais parceiras que defendem os direitos humanos, principalmente no âmbito da Comissão Nacional para a Erradicação do Trabalho Escravo, prevendo também a reabilitação de trabalhadores resgatados para evitar seu retorno ao trabalho escravo.

Foi instituído, no ano de 2003, pela Comissão Especial do Conselho de Defesa dos Direitos da Pessoa Humana da Secretaria Especial dos Direitos Humanos e Organização Internacional do Trabalho, o Plano Nacional Para a Erradicação do Trabalho Escravo, compreendendo a promoção da cidadania e o combate à impunidade, além de ações específicas de conscientização, capacitação e sensibilização. Trata-se de medidas a serem desenvolvidas de forma imediata ou a curto e médio prazo, conforme estabelecido no Plano, que já teve outras edições lançadas. Atualmente, o Plano objetiva desenvolver, também, ações no Peru - país que, desde 2006, requisita o auxílio da OIT para desenvolver estratégias e políticas de combate ao trabalho forçado.

Em 2003, ainda, foi criada a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo (CONATRAE), vinculada à Secretaria Especial dos Direitos Humanos da Presidência da República, para acompanhar o cumprimento das ações do Plano Nacional e a tramitação de projetos de lei no Congresso Nacional, bem como para avaliar os projetos de cooperação técnica com organismos internacionais e propor estudos e pesquisas sobre o trabalho escravo no país. Com a criação da Comissão Nacional, foi extinto o Grupo Executivo para Erradicação do Trabalho Forçado (GERTRAF), então existente.

Também em 2003, foi criada a Campanha Nacional para Erradicação do Trabalho Escravo, coordenada pela OIT e pela Secretaria Especial de Direitos Humanos. A campanha foi lançada, no mês de setembro daquele ano, em um evento na Câmara dos Deputados, com o objetivo de alertar a sociedade brasileira e mobilizar os ditos “formadores de opinião”.

Em 2005, editou-se um novo Plano para a Erradicação do Trabalho Escravo pelo Ministério do Desenvolvimento Agrário (MDA) e o Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA), objetivando selar o combate ao trabalho escravo contemporâneo com ações de integração entre setores do Governo Federal, da sociedade civil e dos demais Poderes.

Registra-se ainda, que, sob os títulos “Uma Aliança Global contra o Trabalho Forçado” e “Não ao Trabalho Escravo”, foram elaborados relatórios globais, destinados a examinar as formas assumidas no mundo pelo trabalho forçado, bem como as inúmeras reações provocadas a partir dessas práticas, a fim de que haja maior mobilização para sua erradicação, além de analisar o trabalho forçado contemporâneo, apresentando as ações realizadas em diversos países para combater o problema, com evidência para o Brasil.

Importante frisar que, de modo geral, o conceito brasileiro e as medidas de combate à escravidão contemporânea adotados pelo Brasil são considerados de vanguarda pelas demais organizações e institutos existentes no mundo. Ainda assim, não obstante as ações e debates já

estabelecidos, o conceito de trabalho escravo adotado no Brasil tem sido alvo de maiores análises e críticas.

O tema, inclusive, foi objeto de maior abordagem a partir da edição da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 57-A de 1999, aprovada pelo Senado no ano de 2014, com trâmite na Câmara dos Deputados sob a numeração 438/2011. O projeto culminou na Emenda Constitucional n. 81, de 05 de junho de 2014, pela qual foi conferida nova redação ao artigo 243 da Constituição, vindo a determinar que as propriedades rurais e urbanas com culturas ilegais de plantas psicotrópicas ou exploração de trabalho escravo sejam expropriadas, para posterior destinação à reforma agrária e realização de programas de habitação popular, sem indenização ao proprietário (BRASIL, 1988).

A partir da nova determinação, tem-se a possibilidade de aplicação de sanções de diversas naturezas ante a prática de exploração do trabalho escravo. Destaca-se o fato de que qualquer bem de valor econômico vinculado à prática combatida pode ser confiscado, revertendo a fundo especial com destinação e regulamentação legal específica, quando se verificar exploração de trabalho escravo.

Instituiu-se, assim, o confisco de bem vinculado à exploração do trabalho escravo, passando a vincular o tema a institutos jurídicos como a propriedade e a expropriação. Partindo-se da noção primária de que “expropriação” seria um gênero, no qual se compreenderiam as espécies “desapropriação” e “confisco” (diferenciando-se, ambas, pelo fato de haver, ou não, o pagamento de uma indenização prévia à perda da posse do bem), está-se, realmente, diante de um confisco de bem pelo Estado. Isso porquanto, em se tratando de medida de cunho sancionatório, não poderia haver, realmente, o pagamento de indenização correspondente ao valor econômico do bem.

O trabalho escravo é uma das mais degradantes formas de tratamento passível de sujeitar o ser humano, pois lhe retira não somente a liberdade, mas, também, a própria dignidade. Não obstante, a necessidade de haver respeito aos direitos mínimos do trabalhador nas relações trabalhistas, entre empregado e empregador, é relevante porque, na ausência de empregados, não haverá produção - e na falta de empregadores não haverá empregos.

Essa relação restou fortificada com a nova redação conferida ao artigo 243 da Constituição, pois, ao prever a perda da propriedade como sanção ao empregador que se utilizar do trabalho escravo, a norma jurídica explicitou a clara vinculação de respeito que deve haver entre o empregador e o empregado, sob pena de sanções.

A redação atual chamou a atenção, também, para a necessidade da contínua adoção de medidas pontuais e efetivas no combate contra essas práticas, que ocorrem reiteradamente em solo nacional, impondo que seja examinada a variada gama de formas que o trabalho escravo assume no mundo contemporâneo e as diversas reações que provoca, com o objetivo de mobilizar a população e angariar mais apoio para a sua erradicação. Afinal, em pleno século XXI, o Brasil não pode mais permitir, ou tampouco pode a sociedade civil permanecer inerte, frente a essa perniciosa transgressão ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Muitas vezes, o empregador que submete seus empregados a situações degradantes, em oposição à dignidade da pessoa humana, culmina por tratar esses trabalhadores como objeto, não valorizando sua condição de ser humano. Tampouco percebe a importância do bem-estar dos trabalhadores para potencialização da força laborativa e, conseqüentemente, da produção, para o engrandecimento do próprio poderio econômico.

Nesse ponto, percebe-se, novamente, a relevância da nova determinação constitucional, uma vez que os exploradores do trabalho escravo, ao conferirem um viés de “coisificação” aos empregados, demonstram a extrema valorização do “possuir”, da propriedade de modo geral. Ao se verem confiscados justamente em suas propriedades, por tratarem as pessoas como objeto de sua propriedade, vislumbra-se a possibilidade de uma maior abstenção da prática escravagista. Ainda que seja para evitar a perda da propriedade imóvel em que seja utilizado o trabalho escravo, valerá o fato de a atitude ser repensada ou, quiçá, abolida.

Para tanto, necessário se faz que as informações cheguem aos órgãos competentes, a fim de que a fiscalização seja efetiva e a sanção, infligida. Afinal, tendo sido adotada uma política legislativa de combate ao trabalho escravo com status constitucional, espera-se que, a partir das ações governamentais de implementação e divulgação, verifique-se, cada vez mais, uma maior conscientização da sociedade civil no que tange à colaboração com denúncias e divulgação das campanhas de erradicação.

Percebe-se, portanto, que a nova disciplina constitucional contribui para a efetivação do direito fundamental ao trabalho digno em contraponto às formas contemporâneas de escravidão, de forma aliada, porém, a outras medidas. Partindo-se de um trabalho que principia, mormente, por conscientizar aqueles que estão em condições de maior vulnerabilidade social, chega-se à necessidade de fiscalização e de outras condutas significativas, extensíveis a toda população, de forma a contribuir para o fim dessa forma laboral degradante, em atendimento à normativa constitucional, com uma maior efetividade do direito fundamental ao trabalho digno.

5 CONCLUSÃO

Os princípios são os alicerces do sistema jurídico e condicionam todas as estruturas deles subseqüentes. Sob esse prisma, não é exagero dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana é uma das imprescindíveis balizas do Estado Democrático de Direito. Permite-se, nesse sentido, ao Brasil orgulhar-se de, por meio das normativas constitucionais, tutelar a garantia e a proteção aos direitos fundamentais, dos direitos sociais, difusos e coletivos, pregando a existência de uma sociedade livre, justa e solidária, em que se busca a justiça social para com todos os seus nacionais, indistintamente, no arrimo da dignidade.

Estando a dignidade humana interligada com outros valores, torna-se ponto de discussão a busca de coerência entre um suposto ideal de igualdade, tendo em vista as desigualdades físicas e psicológicas entre os indivíduos. Todas as pessoas gozam, exatamente, do mesmo direito à dignidade humana, devendo a igualdade proporcionar, a cada um de seus membros, a fruição dos direitos fundamentalmente previstos. Em outras palavras, a dignidade do indivíduo será respeitada apenas quando forem respeitados e realizados seus direitos fundamentais.

A efetividade do princípio da dignidade da pessoa humana, tendo sido esta erigida a fundamento constitucional da República Federativa do Brasil, possui função relevante no contexto fático-jurídico das relações de trabalho. Entretanto, uma das principais formas de negação e de contraponto ao princípio da dignidade é a existência, ainda nos dias atuais, do trabalho em condições análogas a de escravo.

Em que pese seja o fim da escravidão e das práticas comparáveis à escravidão um objetivo reconhecido por toda a comunidade internacional, as atividades laborais degradantes, com cerce-

amento de liberdade e coação dos trabalhadores, coexistem com as inúmeras formas de combate a elas existentes. Não raras são as situações em que se verifica a ofensa ao direito fundamental ao trabalho digno por meio de práticas que reduzem os trabalhadores a condições idênticas a de escravos, em virtude do cerceamento de sua liberdade de se desligar do serviço, de servidão por dívidas, de condições degradantes de trabalho e de jornadas exaustivas.

O Estado, por outro lado, no exercício de seu papel, implementa e desenvolve políticas de combate às práticas escravagistas de trabalho. Em uma análise apurada, vislumbra-se que as políticas públicas brasileiras são consideradas precursoras, inclusive pelas Nações Unidas, no combate às formas contemporâneas de escravidão, pelo fato de considerar passíveis de proteção não apenas a liberdade do trabalhador, mas a sua dignidade. Isso quer dizer que será considerado trabalho escravo o labor que, mesmo oportunizando liberdade ao trabalhador, tolha as suas condições mínimas de dignidade.

A origem normativa das políticas públicas resulta, no sistema constitucional brasileiro, da iniciativa legislativa. Dessa forma, vislumbra-se que as políticas se expressam, mais comumente, por meio de leis, não obstante se traduzam em programas de ação. Entretanto, a simples previsão normativa, ainda que constitucional, não assegura a efetividade dos direitos.

A prática escravagista não foi eliminada no Brasil. Medidas legislativas e demais ações governamentais permanecem sendo tomadas, haja vista a continuidade das condutas criminosas nas relações de trabalho, reconhecidas, há muito, como atentatórias aos direitos humanos. Exemplo disso é a nova redação conferida pela Emenda Constitucional 81/2014 ao artigo 243 da Constituição da República Federativa do Brasil, preceituando que as propriedades rurais e urbanas em que se identificar a exploração de trabalho escravo sejam expropriadas, para posterior destinação à reforma agrária e realização de programas de habitação popular, sem indenização ao proprietário.

As políticas públicas de combate ao trabalho escravo contemporâneo, por maior alcance e relevância que possuam, ainda não foram suficientes para erradicar a prática do labor em condições que reduzam os trabalhadores a escravos e garantir a efetividade do direito fundamental ao trabalho digno. Talvez, com a instituição do confisco de propriedades em que for flagrado o trabalho escravo, o panorama venha a sofrer alguma alteração.

Nesse sentido, verifica-se como imprescindível a continuidade de elaboração de ações conjuntas das organizações não-governamentais e dos mais diversificados veículos de comunicação no combate à erradicação das formas de trabalho escravo contemporâneo, porquanto tal auxílio contribui, decisivamente, para que as políticas conduzidas pelo poder público sejam, cada vez mais, efetivas e alcancem os objetivos para os quais foram propostas, qual seja, erradicar o trabalho escravo.

Por tudo isso, percebe-se que a informação, ainda, é o mais importante. Deve-se debater e ressaltar a urgência do combate ao trabalho escravo contemporâneo, mediante a adoção e a continuidade de posturas legislativas rigorosas, em paralelo a fiscalizações mais constantes e efetivas. Somente assim, o Poder Público, contando com o auxílio da sociedade civil e de todos os cidadãos firmes em seus propósitos de cidadania, poderá galgar passos extensos rumo à erradicação dessa prática que, na nos dias atuais, em oposição à dignidade, ainda se constitui em uma grande celeuma social.

PUBLIC POLICIES AGAINST CONTEMPORARY SLAVERY: THE NEW WORDING OF ARTICLE 243 OF THE CONSTITUTION AS EFFECTIVE TOOL TO THE FUNDAMENTAL RIGHT OF DECENT WORK

ABSTRACT

The present essay aims to discourse about the public policies developed in order to eradicate today's forms of slavery, relating the theme with the constitutional amendment 81/2014 and the article 243 of the Constitution of the Federative Republic of Brazil, to verify that the new constitutional discipline contributes to the realization of the fundamental right to decent work in counterpoint to contemporary forms of slavery. Content is approached with basis in the principle of human dignity, standing the decent work and its implementation as the great aspects this principle. From the doctrinal analysis and the interpretation of the Constitution, debate the worker's retrenchment freedom as to suppress their dignity. Arises then the importance of verifying the topic from the perspective of the eradication government policies, to discuss the restraint practices resulting from the sum of degrading work with the deprivation of liberty.

Keywords: Principle of human dignity. Contemporary slavery. Public policies. Decent work.

REFERÊNCIAS

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; MOZETIC, Vinicius Almada. A morfologia das teorias universalistas dos Direitos Humanos Fundamentais. In: ALEXY, Robert; BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SANDKÜHLER, Hans Jörg; HAHN, Paulo (Org.). *Níveis de efetivação dos direitos fundamentais e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

BADIN, Arthur Sanchez. *Controle Judicial das Políticas Públicas: Contribuição ao estudo do tema da judicialização da política pela abordagem da análise institucional comparada de Neil K. Komesar*. São Paulo: Malheiros, 2013.

BARROSO, Luis Roberto. *A Nova Interpretação Constitucional: Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BOBBIO, Norberto. *A Era dos Direitos*. Tradução Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição Aberta*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRASIL. Constituição. *República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 24 maio 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Institui o Código Penal. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 jan. 1941. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 05 abr. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 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: 05 abr. 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTR, 2009.

GONZALEZ, Everaldo Tadeu Quilici; ANDRADE, Mauricio. A Questão da terra e o trabalho escravo no Brasil: Violação do princípio da dignidade da pessoa humana. *Cadernos do Direito*, Piracicaba, v. 7, n. 12/13, p. 59-69, jan./dez. 2007.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes e outros escritos*. Tradução Leopoldo Holzbach. São Paulo: Martin Claret, 2004.

MORAES, Alexandre de. *Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral, comentários aos arts. 1 a 5 da Constituição Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência*. São Paulo: Atlas, 2011.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Plano Nacional Para a Erradicação do Trabalho Escravo. Disponível em: <<http://www.ilo.org/brasilia/temas/trabalho-escravo/lang--pt/index.htm>>. Acesso em: 05 abr. 2015.

PENNA, Saulo Versiani. *Controle e Implementação Processual de Políticas Públicas no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2012.

RODRIGUES, Hugo Thamir; COSTA, Marli M. M. (Org.). *Direito & Políticas Públicas III*. Porto Alegre: Imprensa Livre, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHWARZ, Rodrigo García. *Derechos Sociales: Imprescindibilidad y Garantías*. Aranzadi: Pamplona, 2011.

SILVA, Rogério Luiz Nery da. *Políticas públicas e administração democrática*. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S2177-70552012000100004&script=sci_arttext>. Acesso em: 31 jan. 2014.

TRABALHO escravo no Brasil: depoimento de Walter Barelli e Ruth Vilela. *Estudos Avançados*, São Paulo, v. 14, n. 38, abr. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S010340142000000100002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 05 abr. 2015.

OS NOVOS DIREITOS DOS TRABALHADORES DOMÉSTICOS BRASILEIROS A PARTIR DA REGULAMENTAÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 72

Caren Silva Machado Medeiros*
Isadora Kauana Lazaretti**

RESUMO

O presente artigo busca estudar as alterações legislativas sobre os direitos dos empregados domésticos. Sabe-se que os direitos trabalhistas são considerados direitos fundamentais e assim, estão diretamente ligados ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, de modo que toda e qualquer relação jurídica deve estar pautada na dignidade. Assim, o presente estudo conceitua o que é Dignidade da Pessoa Humana, e posteriormente, a atenção volta-se ao conceito de empregado doméstico. Na sequência, é feita uma análise dos instrumentos normativos existentes no ordenamento jurídico brasileiro que regulamentam os direitos dos empregados domésticos, abordando todas as alterações legislativas que dizem respeito ao tema. Em seguida, é realizada a averiguação dos direitos que foram estendidos aos empregados domésticos a partir da análise do Projeto de Lei n. 224/2013, que regulamenta a Emenda Constitucional n. 72. Verificou-se na presente pesquisa que os direitos trabalhistas dos empregados domésticos sofreram constantes alterações ao longo dos anos, e que a Emenda Constitucional n. 72 tornou-se um importante marco, na medida em que passou a igualar os direitos dos trabalhadores domésticos aos trabalhadores urbanos e rurais. Em que pese a EC 72 ter ampliado significativamente o rol dos direitos dos empregados domésticos, os mesmos dependiam de regulamentação por norma infraconstitucional. O Projeto de Lei n. 224/2013 regulamentou os principais novos direitos dos empregados domésticos: jornada de trabalho, direito a horas extraordinárias, remuneração pelo adicional noturno e instituiu o regime unificado de pagamento de tributos do empregador doméstico, denominado Simples Doméstico. Palavras-chave: Empregado doméstico. Direitos trabalhistas. Dignidade da Pessoa Humana. Direito do trabalho.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo tem o escopo de identificar os novos direitos dos empregados domésticos a partir do Projeto de Lei n. 224/2013 que regulamenta a Emenda Constitucional n. 72 de 2013. A escolha do tema e sua transformação em problema de investigação se deram em razão de que desde aprovação da Emenda Constitucional n. 72 a lei que regulamenta os direitos dos empregados domésticos ainda não está vigente, bem como pela existência de várias alterações legislativas sobre o tema. Nesse viés, o problema a ser analisado tem respaldo na seguinte indagação: quais foram as mudanças legislativas acerca dos direitos dos empregados domésticos?

Os direitos trabalhistas analisados na presente pesquisa têm sua raiz no princípio da Dignidade da Pessoa Humana, cerne basilar dos direitos humanos e dos direitos fundamentais. É possível chegar a essa conclusão ao analisar a localização topográfica dos direitos dos empregados domésticos na Constituição Federal, que não deixam dúvida de que o legislador constituinte pre-

* caren.machado@unoesc.edu.br

** Graduanda do Curso de Direito da Universidade de Chapecó;

Avenida Senador Atílio Fontana, 591, Efapi, Chapecó, SC, 89809-000; isadoralazaretti@unochapeco.edu.br

tendeu tutelar de forma especial os direitos dessa classe que por muito tempo ficou em situação de inferioridade em relação aos demais trabalhadores ao passo que seus direitos eram reduzidos.

Os trabalhadores domésticos têm seus direitos previstos no parágrafo único do art. 7º da Constituição Federal, que compõe o título II da Lei Suprema, intitulado: Direitos e Garantias Fundamentais. Assim, a temática merece atenção da comunidade acadêmica e da sociedade no sentido de preservar direitos basilares de uma categoria que por tanto tempo os teve relegados. Desse modo, percebe-se que a legislação avançou em diversos aspectos prevendo situações que, até então, ficavam em uma zona gris.

O objetivo geral desta pesquisa consiste em investigar as alterações legislativas sobre os direitos dos empregados domésticos. O estudo também tem o escopo de conceituar Dignidade da Pessoa Humana; analisar o conceito de empregado doméstico; estudar a legislação existente no ordenamento jurídico de proteção ao empregado doméstico e verificar as alterações introduzidas pelo Projeto de Lei n. 224/2013 que regulamenta a Emenda Constitucional 72 de 2013.

Trata-se de um importante avanço na seara trabalhista, na esfera de proteção dos direitos dos trabalhadores domésticos, na medida em que esse Projeto de Lei garante e amplia os direitos para esta classe que até então estava relegada. Ademais, a regulamentação não gera onerosidade excessiva do empregador de forma que pudesse haver um estímulo à dispensa desses trabalhadores tampouco um desestímulo nas novas contratações.

No que diz respeito aos procedimentos metodológicos, a presente pesquisa é qualitativa. Tem caráter explicativo, porque se pretende demonstrar as principais alterações legislativas quanto aos direitos dos empregados domésticos e analisar os novos direitos concedidos a esta classe de trabalhadores. Para isso, foi adotada a técnica de pesquisa bibliográfica, pela análise documental da legislação e da doutrina.

Por fim, o estudo e a divulgação do tema aludido, por si só cumpre o papel social relevante de evitar violação dos direitos trabalhistas, efetivando e garantindo a Dignidade à pessoa humana. Nesse sentido, cumpre destacar a importância do presente estudo para informar os novos direitos concedidos aos empregados domésticos pelas alterações legislativas recentes com o intuito de garantir seu exercício e proteger os trabalhadores de práticas indignas de trabalho.

2 PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO BASILAR DOS DIREITOS DOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS

Considerando que a presente pesquisa tem o objetivo de analisar os direitos trabalhistas garantidos aos trabalhadores domésticos, é imprescindível dedicar a atenção ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana. O trabalho é um direito social fundamental garantido pela Constituição Federal Brasileira e pelo ordenamento jurídico internacional, e a Dignidade da Pessoa Humana está diretamente relacionada com os direitos dos trabalhadores, qualquer que seja a espécie.

A definição suficiente e satisfatória do princípio Dignidade da Pessoa Humana sempre foi objeto de investigação ao longo dos séculos por vários estudiosos. A conceituação da Dignidade Humana constitui uma difícil tarefa, na medida em que sua abrangência é bastante ampla, sendo mais fácil precisar o que não é considerado Dignidade Humana do que elencar todos os direitos e garantias que este princípio abarca.

Previsto como o fundamento precípua da ordem jurídica internacional e ainda como fundamento da República Federativa do Brasil, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana é visto como o alicerce da base jurídica, servindo como um norte para o legislador. Trata-se de uma qualidade intrínseca ao ser humano, considerada irrenunciável, inalienável e imprescritível (SARLET, 2012, p. 58).

Assim como a soberania, a cidadania, o valor social do trabalho e o pluralismo político, a dignidade da pessoa humana é um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito Brasileiro, Federativa do Brasil enquanto entidade política constitucionalmente organizada. O reconhecimento e a garantia desse princípio faz com que sejam elucidadas potencialidades transformadoras na ordem jurídica estatal (GRAU, 2012, p. 196).

É possível dizer que a Dignidade da Pessoa Humana é o princípio mais importante no cenário mundial, em razão da qualidade universal que lhe é outorgada. O Estado deve buscar meios eficazes de garantir esse princípio em todas as relações jurídicas (SARLET, 2012, p. 49). Na esfera trabalhista, a dignidade deve ser assegurada como forma de garantir aos trabalhadores o direito ao trabalho digno. Não se pode olvidar que a Dignidade da Pessoa Humana constitui um valor supremo que aproxima o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida, bem maior garantido ao indivíduo (SILVA, 2008, p. 105).

Kant é um dos precursores da dignidade da pessoa humana, e preleciona que o homem deve ser considerado um fim em si mesmo, não podendo servir como um meio, sob pena de ser “coisificado”. Segundo o autor, considera que tudo tem um preço ou uma dignidade. Assim, se algo tem um preço, qualquer coisa pode ser substituída como equivalente, ao contrário do que possui dignidade, que está acima de todo e qualquer preço. A dignidade da pessoa humana é considerada um valor íntimo (KANT, 1980, p. 140).

A Dignidade da Pessoa Humana está expressamente prevista no art. 1º, III, da Carta Magna Brasileira. Além disso, está relacionada com o extenso e exemplificativo rol de direitos e garantias fundamentais previstos nos art. 5º da Constituição Federal (BRASIL, 1988). A Dignidade Humana está diretamente ligada com os direitos fundamentais do homem, considerados como um mínimo existencial ao indivíduo. Trata-se de direitos cujos quais a pessoa humana não se realiza se por ventura forem objeto de violação (SILVA, 2008, p. 178).

Ademais, ante o caráter universal deste princípio, a Dignidade da Pessoa Humana vem elencada como principal fundamento da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948. Daí mais uma razão para que seja não somente reconhecida em todas as situações jurídicas envolvendo a pessoa humana, mas deve ainda ser concreta e materialmente efetivada tanto na ordem jurídica internacional como no ordenamento jurídico interno dos Estados (SILVA, 2008, p. 178). Importante salientar que o princípio da Dignidade da Pessoa Humana opera como um limitador da vontade estatal e da sociedade, ao passo que toda e qualquer operação jurídica não pode contrariar esse princípio (SARLET, 2012, p. 50).

Em síntese, a dignidade humana está relacionada à autonomia do ser humano, bem como no direito à vida, à liberdade, à igualdade e aqueles que destes decorrem, de modo que não pode ser objeto de violação, por se tratar de uma das qualidades mais importantes inerentes indivíduo. Assim, passa-se analisar o conceito de empregado doméstico, e os direitos trabalhistas assegurados pela Constituição Federal e pela legislação extravagante.

3 CONCEITO DE EMPREGADO DOMÉSTICO CONFORME O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

O conceito de empregado doméstico pode ser extraído do artigo 7^o da Consolidação das Leis Trabalhistas conjuntamente com o artigo 1^o da Lei n. 5.859 de 1972, lei específica dos trabalhadores domésticos.

O texto consolidado informa que é trabalhador doméstico aquele que presta serviço de natureza não econômica no âmbito da residência da família. Além disso, o artigo 7^o do dispositivo em comento informa que, em regra, não se aplica a CLT ao empregado doméstico, salvo quando for expressamente determinado em contrário. O artigo 1^o da Lei n. 5.859/72² explica que será empregado doméstico aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas.

O Ministério do Trabalho e Emprego (2013) considera trabalhador doméstico aquele maior de 18 anos que presta serviços de natureza contínua, ou seja, frequente ou constante e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas. Assim, o traço diferenciador do emprego doméstico é o caráter não econômico da atividade exercida no âmbito residencial do empregador.

Nesses termos, integram a categoria de empregados domésticos os seguintes trabalhadores: cozinheiro, governanta, babá, lavadeira, faxineiro, vigia, motorista particular, jardineiro, acompanhante de idosos, dentre outras. O caseiro também é considerado trabalhador doméstico, quando o sítio ou local onde exerce a sua atividade não possui finalidade lucrativa (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013).

Deste modo, se no ambiente do trabalho doméstico houver qualquer forma de atividade econômica e o empregado colaborar para seu desenvolvimento, não haverá mais caráter de empregado doméstico, mas sim, empregado celetista regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (NASCIMENTO, 2013, p. 963). Em resumo, estudado o conceito de empregado doméstico, passa-se a analisar de forma aprofundada os instrumentos normativos de proteção ao trabalhador doméstico existentes no ordenamento jurídico vigente.

4 INSTRUMENTOS NORMATIVOS DE PROTEÇÃO AO TRABALHADOR DOMÉSTICO ANTERIORES À EDIÇÃO DO PROJETO DE LEI N. 224/2013

O ordenamento jurídico brasileiro confere proteção aos empregados domésticos tanto na Constituição Federal como na legislação infraconstitucional. O parágrafo único do art. 7^o da Carta Magna Brasileira confere aos trabalhadores domésticos uma série de direitos assegurados aos trabalhadores urbanos e rurais, cuja redação advém da Emenda Constitucional n. 72 de 2013 (BRASIL, 1988).

¹ CLT, Artigo 7^o Os preceitos constantes da presente Consolidação salvo quando fôr em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam: a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas; [...].

² Artigo 1^o Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas, aplica-se o disposto nesta

A referida emenda constitucional igualou os empregados domésticos aos trabalhadores urbanos e rurais, na medida em que passou a assegurar direitos que anteriormente não eram gozados por essa classe. A nova redação do parágrafo único do artigo 7º da Constituição Federal fez prever nove direitos que anteriormente os empregados domésticos não possuíam (BRASIL, 1988).

Além da previsão constitucional, a Lei n. 5.859 de 1972 também regulamenta direitos dos empregados domésticos. Possui apenas oito artigos e que foram constantemente modificados ao longo das últimas décadas. O artigo 1º traz a configuração do trabalho doméstico, já acima explicado. O artigo 2º informa que para admissão o empregado doméstico deverá apresentar:

- a) Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- b) Atestado de boa conduta;
- c) Atestado de saúde, de acordo com critério do empregador.

Quanto à qualidade de segurado do INSS do empregado doméstico, já no texto original da Lei n. 5.859 de 1972, artigo 4º, já houve previsão de obrigatoriedade recolhimento dos valores pertinentes aos benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social. O artigo 5º estabelece que os recursos para o custeio do plano de prestações provirão das contribuições de:

- a) 8% do empregador;
- b) 8% do empregado doméstico. Os valores deverão ser recolhidos até o último dia do mês seguinte àquele a que se referirem e incidentes sobre o valor do salário-mínimo da região.

A Lei n. 6.887 de 1980 incluiu o § 1º ao artigo 5º que determinou que quando o salário de contribuição do trabalhador for superior ao mínimo, o cálculo incidirá sobre a remuneração contratual, não podendo ser superior ao valor correspondente a três salários mínimos regionais. Ainda, o § 2º determina que a falta de recolhimento, na período previsto sujeitará o responsável ao pagamento do juro moratório de um por cento ao mês, além da multa variável de dez por cento a cinquenta por cento do valor do débito.

Em 2001, a Lei n. 10.208 de 2001 alterou o texto original da Lei n. 5.859/72 quanto ao seguinte:

- a) Tornou o recolhimento do FGTS uma faculdade do empregador;
- b) Consequentemente previu o direito do trabalhador doméstico dispensado sem justa causa de receber seguro desemprego.

Quanto ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, a lei dos empregados domésticos sofreu alteração em 2001 colocando este direito do trabalhador como uma faculdade do empregador. Assim, caso o empregador entendesse por bem, poderia incluir o empregado doméstico no sistema de FGTS, que trata a Lei n. 8.036 de 1990.

No que toca ao seguro-desemprego, o artigo 6º - A, que foi incluído pela Lei n. 10.208 de 2001 determina que o empregado doméstico que for dispensado sem justa causa fará jus ao benefício do seguro-desemprego no valor de um salário mínimo, por um período máximo de três meses, de forma contínua ou alternada.

Para ter direito ao seguro-desemprego o empregado deverá estar inscrito no FGTS e deve ter trabalhado como doméstico por um período mínimo de quinze meses nos últimos vinte e quatro meses contados da dispensa sem justa causa. Para tanto, o empregado deverá apresentar ao Ministério do Trabalho e Emprego:

- a) Carteira de Trabalho e Previdência Social;
- b) Termo de rescisão do contrato de trabalho atestando a dispensa sem justa causa;
- c) Comprovantes do recolhimento da contribuição previdenciária e do FGTS;
- d) Declaração de que não está em gozo de nenhum benefício de prestação continuada da Previdência Social, exceto auxílio-acidente e pensão por morte;
- e) Declaração de que não possui renda própria de qualquer natureza suficiente à sua manutenção e de sua família.

Para verificar a hipóteses de dispensa por justa causa, a lei do empregado doméstico utiliza subsidiariamente o artigo 482 da CLT, salvo as alíneas “c” e “g” e do seu parágrafo único. O seguro-desemprego deverá ser requerido de sete a noventa dias contados da data da dispensa. Novo seguro-desemprego só poderá ser requerido a cada período de dezesseis meses decorridos da dispensa que originou o benefício anterior.

Em 2006 a Lei n. 11.324 de 2006 realizou importantes alterações na Lei n. 5.859/72 que serão tratadas nas próximas linhas. As principais mudanças foram relativas à:

- a) Proibição de descontos relativos à moradia, alimentação, higiene e vestuário;
- b) Ampliação dos dias de férias para trinta dias;
- c) Estabilidade no emprego da empregada gestante.

A Lei n. 11.324/06 acrescentou o artigo 2º - A, o qual vedou ao empregador doméstico efetuar descontos no salário do empregado por fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia. Contudo, o § 1º do referido dispositivo legal permite o desconto referente a despesa com moradia quando esta se der em local diverso da residência da família onde o serviço é prestado, desde que a situação tenha sido acordada expressamente pelas partes. Disso conclui-se que deve haver contrato escrito determinando as condições do combinado. O § 2º informa que as despesas referentes à moradia não têm natureza salarial nem se incorporam à remuneração para quaisquer efeitos.

Outra alteração importante realizada pela Lei n. 11.324/06 diz respeito às férias. Antes de 2006, o empregado doméstico tinha direito a férias anuais de vinte dias úteis, com a nova redação do artigo 3º, o trabalhador passa a fazer jus a trinta dias de férias remuneradas, com o adicional de um terço a mais que o salário normal. Além disso, foi introduzido o artigo 4º - A que vedou a dispensa arbitrária ou sem justa causa da empregada doméstica gestante desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

Em 2014 houve outra alteração na lei dos empregados domésticos pela Lei n. 12.964. A mudança se deu em relação à obrigação do pagamento de multa pelo empregador que deixar de anotar a CTPS do empregado. Assim, foi introduzido o artigo 6º-E e parágrafos, que determinou aplicação subsidiária da CLT no que se refere às multas e seus valores. O § 2º do artigo 6º - E deter-

mina que a multa pela falta de anotação da data de admissão e da remuneração do empregado doméstico na Carteira de Trabalho e Previdência Social será elevada em pelo menos cem por cento.

Importante analisar o disposto na Lei n. 7.195 de 1984, que dispõe sobre a responsabilidade civil das agências de empregados domésticos. Da análise do texto, é possível verificar, em síntese, que essas agências especializadas na indicação de empregados domésticos são civilmente responsáveis pelos atos ilícitos cometidos por estes no desempenho de suas atividades. Para efetivação dessa previsão no ato da contratação, a agência firmará compromisso com o empregador, obrigando-se a reparar qualquer dano que venha a ser praticado pelo empregado contratado, no período de um ano.

Analisados, portanto, os instrumentos normativos regulamentam os direitos trabalhistas aos empregados domésticos até a edição do Projeto de Lei n. 224/2013, a atenção volta-se para o estudo dos direitos dos trabalhadores domésticos garantidos segundo a legislação atual.

5 DOS DIREITOS DOS TRABALHADORES E TRABALHADORAS DOMÉSTICOS DIANTE DA NOVA LEGISLAÇÃO

A partir da análise dos instrumentos normativos que regulamentam os direitos dos trabalhadores domésticos anteriores ao Projeto de Lei n. 224/2013, pode-se sintetizar os direitos dos trabalhadores domésticos em um rol de 29 direitos. Assim, passa-se a analisar cada item.

A Carteira de Trabalho e Previdência Social deve ser obrigatoriamente anotada, com os dados do empregador, especificando-se a data de admissão, salário ajustado e condições especiais, se houver. As anotações devem ser efetuadas no prazo de 48 horas, após a entrega da Carteira de Trabalho pelo empregado, quando da sua admissão. A data de admissão a ser anotada corresponde a do primeiro dia de trabalho, mesmo em contrato de experiência (BRASIL, 1973).

O salário mínimo deve ser pago até o quinto dia útil do mês subsequente aquele que o trabalhador prestou o serviço. Constitui crime sua retenção dolosa. Garantidas a irredutibilidade (salvo o disposto em convenção ou acordo coletivos) e a isonomia salariais, vedada, ainda, a diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil e qualquer discriminação, relativamente a salários e critérios de admissão ao trabalhador portador de deficiência (BRASIL, 1988).

Contudo, havendo jornada de trabalho inferior a oito horas diárias ou quarenta e quatro semanais, é lícito o pagamento proporcional ao tempo trabalhado, respeitado o Salário Mínimo Hora, conforme Orientação Jurisprudencial n. 358 do Tribunal Superior do Trabalho (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2008).

O décimo terceiro salário é também denominado de gratificação natalina, e é concedido anualmente, em duas parcelas. A primeira, entre os meses de fevereiro e novembro, no valor correspondente à metade do salário do mês anterior, e a segunda, até o dia vinte de dezembro, no valor da remuneração de dezembro, descontado o adiantamento feito (BRASIL, 1962).

No que diz respeito à jornada de trabalho, conforme a Constituição Federal a duração do trabalho normal não pode ser superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho. Assim, o trabalhador fará jus ao adicional respectivo de, no mínimo, 50% a mais que o valor da hora normal (BRASIL, 1988).

Como não há a obrigatoriedade da adoção do controle individual de frequência, a jornada deve ser especificada no contrato de trabalho, porém é aconselhável que se adote documento consignando o horário de entrada, saída e intervalos. Se houver horas extras, essa condição deve constar de acordo para prorrogação de horário, o qual deverá ser, no máximo, de 2 horas diárias, ou, se for o caso, de acordo de compensação de jornada. Trata-se de compensar as horas trabalhadas a mais em um dia em folga num outro dia. Todavia, deve-se atentar para o fato de que não é possível exceder 10 horas diárias e 44 horas semanais. (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013).

O fato de o empregado dormir no emprego não implica necessariamente no trabalho extraordinário. Se houver a solicitação de serviços serão devidos os adicionais respectivos quanto às horas extraordinárias e noturnas. Para a jornada de oito horas diárias, o intervalo para repouso ou alimentação será de 1 a 2 horas. Quando a jornada de trabalho não exceder de seis horas, o intervalo concedido será de 15 minutos. Para usufruir do intervalo o empregado poderá permanecer na residência do empregador, mas respeitado o descanso (TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO, 2003).

Para o cálculo da hora extraordinária, se utiliza a remuneração do trabalhador, ou seja, o salário bruto dividido pelo número de horas trabalhadas no mês. O valor encontrado será o correspondente a uma hora normal que deverá ser acrescido de 50%. Esse resultado, que corresponde à uma hora extra, será multiplicado pelo número de horas trabalhadas (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013).

O direito a férias está previsto no artigo 7º da Constituição Federal, que determina que as férias dos empregados devem ser remuneradas com, pelo menos, 1/3 a mais que o salário normal, após cada período de 12 meses de serviço prestado à mesma pessoa ou família, contado da data da admissão. Tal período, fixado a critério do empregador, deverá ser concedido nos 12 meses subsequentes à data em que o empregado tiver adquirido o direito. Além disso, o empregado tem direito ao abono pecuniário, podendo requerer a conversão de 1/3 do valor das férias em dinheiro, desde que requeira até 15 dias antes do término do período aquisitivo (BRASIL, 1988).

O direito ao vale transporte é concedido ao trabalhador quando se verificar a necessidade da utilização de meios de transporte coletivo urbano, intermunicipal ou interestadual com características semelhantes ao urbano, para deslocamento residência/trabalho e vice-versa será devido o fornecimento. Para isso, o empregado deverá declarar a quantidade de vales necessária para o efetivo deslocamento. O empregador poderá descontar até seis por cento do salário básico do empregado pelo fornecimento de vale-transporte (BRASIL, 1985).

Quanto ao aviso prévio do empregado doméstico, aplica-se o previsto na Constituição Federal e na Lei 12.506 de 2011. Assim, havendo desejo de romper o contrato por qualquer dos sujeitos do contrato de trabalho é necessário a emissão do aviso prévio de, no mínimo, 30 dias. Além disso, de acordo com legislação recente, a cada ano de serviço para o mesmo empregador, serão acrescidos 3 dias, até o máximo de 60 dias, de maneira que o tempo total de aviso prévio não exceda de 90 dias.

Para contagem do prazo exclui-se o dia do recebimento do aviso, ou seja, o primeiro dia, e inclui-se o último. É possível que o aviso prévio não seja trabalhado, mas sim indenizado, de modo que o empregador deverá fazer o pagamento relativo aos dias do aviso prévio. O tempo do aviso prévio, independente de ser trabalhado ou indenizado deverá ser computado para fins de férias e 13º salário.

Além disso, quando for exigido o cumprimento do aviso vale acrescentar que, nesse caso, a jornada do empregado deverá ser reduzida em duas horas diárias ou poderá, trabalhando a jornada contratada, faltar ao trabalho por sete dias corridos, ao final do período de aviso concedido, sem prejuízo do salário integral.

Quanto ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), que atualmente é obrigatório o recolhimento, o empregado doméstico será identificado no Sistema do FGTS pelo número de inscrição no PIS-PASEP ou pelo número de inscrição do trabalhador no INSS (NIT). Caso não possua nenhuma dessas inscrições, o empregador deverá preencher o Documento de Cadastramento do Trabalhador (DCT), dirigir-se a uma agência da Caixa Econômica Federal munido do comprovante de inscrição no CEI e da carteira de trabalho do empregado, e solicitar o respectivo cadastramento no PIS-PASEP.

A inscrição como empregado doméstico na Previdência Social poderá ser solicitada pelo próprio empregado ou pelo empregador, em agência do INSS, ou ainda, pela Internet ou telefone. Para a realização do recolhimento do FGTS e da prestação de informações à Previdência Social, o empregador doméstico deverá se dirigir a uma Agência do INSS e inscrever-se no Cadastro Específico do INSS (CEI). Para efetuar o recolhimento do FGTS, o empregador deverá preencher e assinar a Guia de Recolhimento do FGTS e Informações à Previdência Social GFIP e apresentá-la a uma agência da Caixa Econômica Federal ou da rede bancária conveniada (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013).

O trabalho doméstico não poderá ser exercido por menores de 18 anos. A Convenção 182 da OIT, a qual o Brasil é signatário, tendo sido aprovada internamente pelo Decreto n. 6.481, de 12 de junho de 2008, que dispõe sobre as piores formas de trabalho infantil, classifica o trabalho doméstico como uma das piores formas de trabalho infantil. Além disso, a Constituição Federal³ proíbe expressamente o trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de 18 anos. Tal proibição está presente mesmo em caso de aquisição da capacidade civil plena.

É assegurado ainda o direito ao reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. Assim, a partir da edição da Emenda Constitucional n. 72 de 2013 o que for pactuado nos instrumentos coletivos tem caráter normativo, desde que não contravenha as normas de proteção ao trabalho. Este direito não necessita regulamentação infraconstitucional

Quanto ao direito à estabilidade no empregado em razão de gravidez e em relação à licença à gestante, houve alteração pela Lei n. 11.324 de 2006, onde a empregada gestante tem direito a estabilidade no emprego desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto. Assim, a empregada doméstica não poderá ser demitida. Além disso, quanto à licença gestante, a empregada doméstica, terá direito a licença com duração de cento e vinte dias.

O salário-maternidade é devido à empregada doméstica, independentemente de carência, isto é, com qualquer tempo de serviço. O início do afastamento do trabalho é determinado por atestado médico fornecido pelo Sistema Único de Saúde - SUS ou por médico particular. Poderá ser requerido no período entre vinte oito dias antes do parto e a data de sua ocorrência (BRASIL, 1999).

Para requerer o benefício, a empregada doméstica gestante deverá apresentar, em uma Agência da Previdência Social o atestado médico declarando o mês da gestação, a Carteira de

³ Conforme artigo 7º, XXXIII - proibição de trabalho noturno, perigoso ou insalubre a menores de dezoito e de qualquer trabalho a menores de dezesseis anos, salvo na condição de aprendiz, a partir de quatorze anos;

Trabalho e o comprovante de recolhimento da contribuição previdenciária. O requerimento do salário-maternidade também poderá ser efetuado pela internet em qualquer de suas hipóteses: parto, adoção ou guarda judicial (MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO, 2013).

Já a licença paternidade do empregado doméstico é de cinco dias corridos, a contar da data do nascimento do filho (BRASIL, 1988). Deve-se fazer menção que a diferença entre os períodos de licença paternidade e maternidade é um dos motivos que levam a fatores discriminatórios no mercado de trabalho, pois muitos empregadores preferem contratar homens pelo fato de não se ausentarem do emprego no caso de nascimento de filhos.

Assim, vislumbrando o coroamento do princípio da igualdade, basilar da dignidade da pessoa humana, bem como o direito da criança de permanecer por mais tempo com o genitor, entende-se que seria viável que os períodos de licença paternidade e maternidade fossem equiparados. Ou seja, ambos tivessem o mesmo período. Entende-se que o caput do artigo 7º da Constituição Federal permite essa interpretação ao passo em que é uma norma de cláusula aberta admitindo diversas interpretações.

O direito do empregado doméstico quanto ao auxílio-doença também merece destaque. O benefício é pago pelo INSS a partir do primeiro dia de afastamento e deverá ser requerido, no máximo, até trinta dias do início da incapacidade. Caso o requerimento seja feito após o trigésimo dia do afastamento da atividade, o auxílio-doença somente será concedido a contar da data de entrada do requerimento (BRASIL, 1999).

Assim, estudados os direitos dos empregados domésticos até então regulamentados pela legislação vigente atual, passa-se a análise dos direitos que foram estendidos a essa classe de empregados após a aprovação da Emenda Constitucional n. 72 de 2013 e pelo Projeto de Lei n. 224/2013.

6 DIREITOS ESTENDIDOS AOS EMPREGADOS DOMÉSTICOS APÓS A EDIÇÃO DA EMENDA CONSTITUCIONAL 72 E SUA REGULAMENTAÇÃO

Neste item, passa-se a analisar o Projeto de Lei n. Lei 224/2013 que dispõe acerca do contrato de trabalho doméstico e que regulamenta a Emenda Constitucional n. 72 de 2013. O Senado Federal aprovou o projeto de Lei n. 224/2013 que regulamenta os direitos dos trabalhadores domésticos no dia 06 de maio de 2015. Esse projeto teve início ainda em julho de 2013 por iniciativa do Senado Federal, cuja votação seguiu na Câmara dos Deputados e somente foi aprovada no mês de março de 2015, que mudou apenas alguns pontos. O projeto de lei aguarda a sanção da Presidente da República (PORTAL BRASIL, 2015).

O projeto de Lei n. 224/2013, ao regulamentar a Emenda Constitucional n. 72 conceituou o empregador doméstico no artigo 1º como “aquele que presta serviços de forma contínua, onerosa e pessoal, e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas por mais de dois dias por semana” (SENADO FEDERAL, 2013).

O referido projeto de lei faz expressa vedação à utilização do empregado doméstico para o exercício de função alheia aquela a ser exercida no âmbito residencial, ou com finalidade lucrativa. Se isso ocorrer, haverá a descaracterização do contrato de trabalho doméstico. Além disso, é proibida a contratação de menores de dezoito anos para o desempenho do trabalho doméstico (SENADO FEDERAL, 2013).

No que tange à jornada de trabalho, esta terá duração de oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais. É assegurado o direito as horas extraordinárias, com acréscimo de cinquenta por cento superior ao valor da hora normal. Ainda, pode ser instituído o regime do banco de horas, a partir de acordo escrito entre o empregador e o empregado doméstico quando inexistir acordo ou convenção coletiva de trabalho. Quanto ao registro da jornada de trabalho, o projeto de lei estabelece que se torna obrigatório o registro manual, mecânico ou eletrônico (SENADO FEDERAL, 2013).

É importante ressaltar que as primeiras quarenta horas extraordinárias mensais prestadas deverão ser pagas necessariamente em dinheiro, de modo que a instituição do regime de banco de horas somente se dará após o pagamento das primeiras quarenta horas. O saldo de horas que excederam as quarenta primeiras horas extraordinárias mensais deverá ser compensado no prazo máximo de um ano. Há ainda a previsão quanto à possibilidade ainda de dedução, sem o correspondente pagamento, das horas não trabalhadas em função de redução do horário normal de trabalho ou de dia útil não trabalhado durante o mês.

O regime de compensação de jornada pode ser realizado mediante acordo escrito individual entre o empregado e o empregador quando inexistir acordo ou convenção coletiva de trabalho nesse sentido. O referido projeto de lei regulamenta-se ainda a faculdade para as partes de estabelecer jornada de trabalho de doze horas seguidas por trinta e seis horas ininterruptas de descanso. Contudo, entende-se que esse dispositivo do Projeto de Lei n. 224/2013 (artigo 10) é inconstitucional, ao passo que o texto constitucional preleciona no artigo 7º, inciso XIII que a jornada de trabalho não será superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, podendo excepcionalmente serem acrescentadas mais duas horas de labor extraordinário, mas não quatro horas, o que torna o dispositivo em comento contrário ao que reza a Carta Magna Brasileira.

Essa previsão do Projeto de Lei n. 224/2013 considera que essa jornada de trabalho deve observar observados os intervalos para repouso e alimentação do empregado. O intervalo intra-jornada para alimentação deve ser concedido ao empregado pelo período mínimo de uma hora (SENADO FEDERAL, 2013).

Já quanto ao direito ao adicional pelo trabalho exercido no período noturno também é regulamentado, de modo que se considera trabalho noturno para o empregado doméstico aquele exercido entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte. A hora do trabalho noturno deve ser computada como de cinquenta e dois minutos e trinta segundos, e a remuneração do trabalho noturno será de 20% sobre o valor da hora diurna.

O projeto de lei regulamenta o direito ao repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos, direito a férias em trinta dias com acréscimo de um terço sobre a remuneração. Institui-se a vedação ao empregador de efetuar descontos no salário do empregado em razão do fornecimento de alimentação, vestuário, higiene ou moradia, despesas com transporte e hospedagem em caso de acompanhamento em viagens (SENADO FEDERAL, 2013). É garantido ao empregado doméstico o direito à aposentadoria, com a obrigatória vinculação à Previdência Social. Quanto ao direito ao FGTS, a inclusão do empregado doméstico no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço se torna obrigatória (SENADO FEDERAL, 2013).

Ainda, é assegurado o direito ao seguro-desemprego para o empregado doméstico que for dispensado sem justa causa. O valor do benefício será de um salário mínimo e será concedido pelo prazo máximo de três meses. Contudo, só fará jus ao benefício o empregado que tiver trabalhado

como doméstico pelo período de quinze meses, no mínimo, nos últimos vinte e quatro meses contados da dispensa. Por conseguinte, o seguro-desemprego deverá ser requerido de sete a noventa dias contados da data da dispensa (SENADO FEDERAL, 2013).

O texto do Projeto de Lei 224/2013 também regulamenta o direito ao salário família. O benefício será pago pela Previdência Social. O trabalhador com renda de até R\$ 725,02 ganha hoje R\$ 37,18, por filho de até 14 anos incompletos ou inválido. Para os trabalhadores que percebam renda acima de R\$ 1.089,72, tem direito a R\$ 26,20 por filho (SENADO FEDERAL, 2013).

Há ainda previsão sobre o direito de auxílio-creche, que consiste em um auxílio pecuniário pagos as empregadas domésticas que são mães, para que não seja necessário a manutenção financeira de uma creche. Esse direito foi regulamentado no Projeto de Lei 224/2013, mas dependerá de acordo ou convenção coletiva de trabalho (SENADO FEDERAL, 2013).

Esse projeto de lei instituiu ainda o Simples Doméstico, que consiste em um regime unificado de pagamento de contribuições e encargos do empregador doméstico. Tal regime assegurará o recolhimento mensal de contribuições de 8% a 11% de Contribuição Previdenciária, a cargo do segurado empregado doméstico, 8% de Contribuição Patronal Previdenciária para a Seguridade Social, a cargo do empregador doméstico; 0,8% de Contribuição Social para financiamento do seguro contra acidentes do trabalho; 8% de recolhimento para o FGTS; 3,2% sobre a remuneração devida ao empregado doméstico, destinada ao pagamento da indenização compensatória da perda, sem justa causa ou por culpa do empregador; e o Imposto sobre a Renda Retido na Fonte (SENADO FEDERAL, 2013).

O Simples Doméstico deverá ser regulamentado no prazo de cento e vinte dias contados da data da entrada em vigor da lei que regulamenta os novos direitos dos empregados domésticos. Primeiramente, deverá ser efetuada inscrição do empregador doméstico com entrada única de dados cadastrais e de informações trabalhistas, fiscais e previdenciárias mediante sistema eletrônico pela internet.

Esse regime unificado deverá ser disciplinado mediante ato conjunto do Ministro do Estado da Fazenda, da Previdência Social e do Trabalho e Emprego, para regulamentar a apuração, o recolhimento e a distribuição dos recursos recolhidos por meio do Simples Doméstico. No que diz respeito à forma em que será realizado o recolhimento das contribuições, esse se dará mensalmente, mediante a utilização de documento único de arrecadação, englobando todos os percentuais das contribuições e encargos por parte do empregador doméstico.

Uma das principais inovações verificadas no Projeto de Lei n. 224/2013 se deu em razão de que o Senado Federal reduziu de 12% para 8% a contribuição previdenciária realizada pelo empregador doméstico. Com isso, é possível verificar essa medida como um avanço, uma vez que com isso cria-se um estímulo para a regulamentação dos direitos dos empregadores, fazendo com que não haja excessiva onerosidade para o empregador doméstico.

Esses são os principais direitos estendidos aos empregados domésticos através do Projeto de Lei n. 224/2013. Mesmo após dois anos da aprovação da Emenda Constitucional 72, os direitos dos empregados domésticos ainda dependiam de regulamentação. Trata-se de um importante avanço na seara trabalhista, na medida em que novos direitos são concedidos a esta classe de trabalhadores, fazendo com que se torne eficaz a Emenda Constitucional n. 72 de 2013. Ainda, é uma forma de assegurar a dignidade humana aos empregados domésticos ante a concessão de novos direitos trabalhistas.

7 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a aprovação da Emenda Constitucional n. 72 os direitos trabalhistas dos empregados domésticos foram estendidos, igualando-os aos trabalhadores urbanos e rurais. Contudo, a extensão desses direitos dependia de regulamentação mediante norma infraconstitucional para seu efetivo exercício pelos destinatários.

Mesmo após dois anos após a aprovação da EC 72, o Projeto de Lei n.224/2013, de iniciativa do Senado Federal, regulamenta os direitos trabalhistas dos empregados domésticos. Trata-se de um verdadeiro avanço na esfera trabalhista, porque com a mudança legislativa, os empregados domésticos passam a gozar de direitos que anteriormente não lhes eram conferidos.

Atualmente, o projeto de lei n. 224/2013 regulamenta de forma específica a jornada de trabalho dos trabalhadores domésticos, que será de oito horas diárias e quarenta e quatro semanais. Além disso, está assegurado o direito ao recebimento de horas extraordinárias, com pagamento de 50% superior ao valor da hora normal.

O direito ao adicional noturno também foi devidamente expresso, de modo que se considera trabalho noturno para o empregado doméstico aquele exercido entre as vinte e duas horas de um dia e as cinco horas do dia seguinte. A hora do trabalho noturno terá duração de sessenta minutos e a remuneração pelo trabalho exercido no período noturno será de vinte por cento sobre o valor da hora diurna. Por fim, o Projeto de Lei n. 224/2013 institui o regime unificado de pagamento de contribuições e encargos pelo empregador doméstico, denominado Simples Doméstico. Assim, verifica-se que as alterações legislativas na seara trabalhista ampliaram significativamente os direitos dos empregados domésticos. A garantia de novos direitos aos trabalhadores cumpre papel social relevante para garantir o verdadeiro trabalho digno e para combater e ainda prevenir práticas contrárias ao ordenamento jurídico no exercício das atividades laborais.

NEW RIGHTS OF BRAZILIAN DOMESTIC WORKERS REGULATIONS FROM THE CONSTITUTIONAL AMENDMENT 72

ABSTRACT

This article aims to study the legislative changes on the rights of domestic workers. It is known that labor rights are considered fundamental rights and thus are directly linked to the principle of Human Dignity, so that any legal relationship should be guided in dignity. Thus, this study conceptualizes what is Human Dignity and later, attention turns to the concept of domestic workers. Following an analysis of existing legal instruments in the Brazilian legal system governing the rights of domestic workers is done by addressing all legislative changes concerning the topic. It is then carried out to investigate the rights that were extended to domestic workers from the analysis of the Bill n. 224/2013, which regulates Constitutional Amendment. 72. It was found in this study that the labor rights of domestic workers suffered permanently changed over the years, and that the Constitutional Amendment. 72 has become an important milestone in that it began to equate the rights of domestic workers to the urban and rural workers. Despite the EC 72 have significantly expanded the list of the rights of domestic workers, they depended on regulation by standard infra. The bill n. 224/2013 regulates the major new rights for domestic workers: working hours, the right to overtime pay for night shift and establishing the unified arrangements of payment of the domestic employer taxes, called Domestic Simple.

Keywords: domestic employee. Labor rights. Human Dignity. Labor law.

REFERÊNCIAS

BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho*. Decreto-Lei n. 5.452, de 1 de maio de 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Trabalhador Doméstico*. Brasília, DF: MTE, 2013. Disponível em: <http://portal.mte.gov.br/trab_domestico/trabalho-domestico.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: DF, Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Decreto n. 3048 de 06 de maio de 1999*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d3048.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Decreto n. 6.481 de 12 de junho de 2008*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2008/decreto/d6481.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Decreto n. 71.885 de 09 de março de 1973*. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1970-1979/decreto-71885-9-marco-1973-420205-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 605 de 09 de janeiro de 1949*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L0605.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 4.090 de 13 de julho de 1962*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L4090.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 5.859 de 11 de dezembro de 1972*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l5859.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 6.887 de 10 de dezembro de 1980*. Disponível em: <<http://www3.dataprev.gov.br/sislex/paginas/42/1980/6887.htm>>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 7.195 de 12 de junho de 1984*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7195.htm>. Acesso em: 29 maio 2015

BRASIL. *Lei n. 7.418 de 16 de dezembro de 1985*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7418.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.036 de 11 de maio de 1990*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8036consol.htm. Acesso em: 29 de maio de 2015.

BRASIL. *Lei n. 8.213 de 12 de julho de 1991*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 10.208 de 23 de março de 2001*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/Ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10208.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 11.324 de 19 de julho de 2009*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11324.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 12.506 de 11 de outubro de 2011*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12506.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

BRASIL. *Lei n. 12.964 de 08 de abril de 2014*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2014/Lei/L12964.htm>. Acesso em: 29 maio 2015.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 15. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da metafísica dos costumes*. In: Os pensadores. Kant (II), Tradução Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Curso de direito do trabalho: história e teoria geral do direito do trabalho: relações individuais e coletivas do trabalho*. 28 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PORTAL BRASIL. *Senado aprova projeto de lei que regulamenta o trabalho doméstico*. 2015. Disponível em: <<http://www.brasil.gov.br/cidadania-e-justica/2015/05/senado-aprova-projeto-de-lei-que-regulamenta-o-trabalho-domestico>>. Acesso em: 30 maio 2015.

SARLET, Ingo W. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SENADO FEDERAL. *Projeto de Lei n. 224 de 06 de junho de 2013*. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=113104>. Acesso em: 30 maio 2015.

A PRECARIZAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DIANTE DAS MUTAÇÕES CONTEMPORÂNEAS NO MUNDO DO TRABALHO: O FENÔMENO DA TERCEIRIZAÇÃO

Rodrigo Goldschmidt*
Jaqueline Bitencourtt**

RESUMO

Esta pesquisa tem o intuito de demonstrar que a prática do fenômeno da terceirização precariza os Direitos Diretos Fundamentais Sociais, mais especificamente o Direito Fundamental Social do Trabalho, o qual sofre consecutivos desgastes nos avanços que conquistou. Para embasar este estudo, abordou-se aspectos teóricos dos Direitos Fundamentais Sociais, bem como seus principais marcos regulatórios no plano nacional e internacional. De outra banda, pontuou-se os principais aspectos da terceirização, tais como definição, aplicabilidade, posições a favor e contra à prática do fenômeno; tudo com o escopo de entrelaçar o conteúdo e viabilizar o entendimento. Por fim, apresentou-se, de forma exemplificativa, os efeitos negativos que a prática da terceirização imprime nos direitos dos trabalhadores terceirizados, evidenciando o conseqüente desgaste dos direitos sociais. A metodologia utilizada é a pesquisa exploratória, classificada em bibliográfica e documental, que trata de leitura, análise e interpretação de livros, periódicos e artigos científicos. Além das finalidades já expressas, um dos objetivos da pesquisa é estimular outras análises e indagações sobre o tema.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Terceirização. Direito do Trabalho. Precarização. Supressão de Direitos.

1 INTRODUÇÃO

Vive-se em um mundo globalizado de inúmeras mutações de ordem social, econômica, política e cultural. No ambiente laboral, a influência da globalização é de visível notoriedade, já que atrelada ao capitalismo desenfreado, que afeta negativamente os direitos fundamentais dos trabalhadores.

Dito isso, o objetivo central do presente artigo é demonstrar que a prática da terceirização, incorporada na organização do trabalho através da flexibilização das leis trabalhistas, interfere e, em alguns casos, precariza a promoção dos Direitos Fundamentais Sociais, mais especificamente o Direito Fundamental Social do Trabalho.

* Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Fundamental ao Trabalho Digno da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

** Mestranda em Direito Constitucional pela Universidade do Oeste de Santa Catarina: linha de pesquisa em Direitos Fundamentais Sociais: Relações de Trabalho e Seguridade Social; Especialista em Direito Empresarial e Civil pela União de Ensino do Sudoeste do Paraná; Professora universitária da União de Ensino do Sudoeste do Paraná; Advogada do Grupo Meimberg; jack_bitencourtt@hotmail.com

Para chegar a esse escopo entende-se necessário buscar, mesmo que de maneira sucinta, o contexto dos Direitos Fundamentais Sociais, identificando-os tanto no plano nacional quanto no internacional.

De outra sorte, a fim de entrelaçar conteúdos e viabilizar o entendimento, imperioso se faz compreender as nuances da terceirização, como esta se apresenta, onde está reconhecida, quais os seus entraves e as suas consequências. Ainda, apresentam-se argumentos pró e contra a terceirização.

Ultrapassados esses pontos, tenta-se demonstrar que a prática da terceirização, em larga medida, precariza os direitos fundamentais do trabalhador, direitos esses que, paradoxalmente, o Estado brasileiro (social e de direito), através de sua Constituição, objetiva promover e efetivar.

2 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O nascimento dos Direitos Fundamentais Sociais está intimamente ligado à origem do Estado constitucional moderno, Estado que traz como apogeu o reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana, assim como a valorização dos direitos fundamentais. Sarlet (2012, p. 36-45) aduz que o prestígio sobre estes direitos integra dimensões diferentes, já que todos passaram por variações oriundas de momentos históricos distintos vivenciados pela sociedade, além de positivações variáveis dentre as primeiras Constituições, no que se refere ao conteúdo, titularidade e concretização.

Cumprido salientar, na esteira da lição de Bonavides (2012, p. 582), que os Direitos Sociais integram a segunda dimensão/geração de direitos fundamentais, abarcando os direitos sociais, culturais e econômicos.

Leal (2009, p. 65) destaca que os Direitos Fundamentais Sociais tiveram, no final do século XIX e início do século XX, os primeiros marcos jurídicos internacionais pactuados. Cita, a título de exemplo, as regulações das relações de trabalho.

A revolução industrial, dirigida por movimentos ascendentes de trabalhadores que buscavam condições dignas de labor, contribuiu grandiosamente para o reconhecimento dos Direitos Fundamentais Sociais, afinal, esses movimentos pugnaram por mudanças quando não se suportava mais as condições depreciativas a que eram submetidos os trabalhadores em virtude do advento da máquina a vapor e obrigação de produzir bens excedentes.

Camino (2003, p. 32) confirma a narrativa supracitada e assinala que “O advento da máquina, em 1812, aperfeiçoado por James Watt, em 1848, ensejou rápido crescimento industrial e este acarretou profundas alterações na economia e nas relações sociais, em especial entre o trabalho e o capital.”

Ademais, Leal (2009, p. 65) ressalta, como um dos marcos de reconhecimento dos Direitos Fundamentais Sociais, o comprometimento que teve os Estados membros da Liga das Nações Unidas ao assegurarem condições de trabalho justas e humanitárias e explica que o comprometimento foi ainda maior a partir da composição da Organização Internacional do Trabalho (OIT), oriunda do Tratado de Versalhes, que estabeleceu inúmeras garantias ao trabalhador, entre elas, segundo o citado autor:

[...] reconhecimento do direito de associação dos trabalhadores e empresários; exigências de que o salário pago aos trabalhadores garantisse um nível de vida digno; jornada de trabalho de oito horas diárias ou quarenta e oito semanais; abolição de trabalho infantil, principalmente, em face da continuidade dos seus estudos.

O clamor por mudanças positivas na prática laboral de então se consolidou através de movimentos sociais organizados de participação dos trabalhadores, os quais sensibilizaram o Estado a intervir na relação entre o capital e o trabalho, a fim de realizar a “justiça social”, demandando desse (Estado) a realização das funções de um verdadeiro Estado Social de Direito.

Desde então, o Estado atraiu para si a competência de promover uma “[...] tutela política mais eficaz, de natureza coletiva e indeterminada”, conforme leciona Leal (2000, p. 68-69), com a finalidade precípua de suprir as necessidades da sociedade e controlar a relação constituída entre o capital e as demandas sociais.

O escopo do Estado Social de Direito passou a ser, então, a de garantir a igualdade dentre os indivíduos que compõe a sociedade, na medida de suas desigualdades, protegendo e promovendo a dignidade da pessoa humana.

Leal (2009, p. 73) explica que o objetivo do Estado Social de Direito é o de garantir a justiça social aos indivíduos membros da sociedade, no sentido de oportunizar o progresso da pessoa humana, de acordo com o ordenamento jurídico vigente. Ainda, explica o citado autor, que esse objetivo de garantir a justiça social “Significa dizer que este Estado se encontra marcado por preocupações éticas voltadas aos direitos e prerrogativas humanas/fundamentais [...]”

Nessa linha, calha dizer que a Carta Constitucional brasileira vigente incorporou os direitos sociais no bojo do capítulo que integram os direitos fundamentais. Para Alexy (2008, p. 446), os direitos fundamentais ocupam posições tão importantes que a decisão sobre garanti-los ou não só pode ser dada ao Poder Constituinte.

Além do mais, Leal e Trindade (2013, p. 31) explanam que os direitos sociais positivados no Regramento Constitucional “[...] contemplam desenvolvimento, esclarecimentos de conteúdo, concreção ou materialização no capítulo II do Título II, e nos Títulos VII e VIII, e que se referem, respectivamente, a ordem econômica e a ordem social.”

Para Alexy (2008, p. 434-442), os Direitos Fundamentais Sociais são direitos a prestações (todo direito a uma ação positiva do Estado) de um âmbito mais amplo, pois, na sua ótica, esses se subdividem em direitos a proteção, direitos a organização e procedimento e direitos a prestações em sentido estrito.

Explicitando melhor a sua concepção, Alexy (2008, p. 451) afirma que os direitos de proteção são “[...] direitos constitucionais a que o Estado configure e aplique a ordem jurídica de uma determinada maneira no que diz respeito à relação dos sujeitos de direitos da mesma hierarquia entre si”, ou seja, é a faculdade oferecida ao indivíduo de reivindicar perante o Estado a proteção frente à intervenção de terceiros.

No que se refere aos direitos à organização e procedimento, Alexy (2008, p. 474) sustenta que podem ser chamados simplesmente de “direitos a procedimentos”, desde que o conceito de procedimento seja entendido amplamente e inclua também normas de organização. Neste enfoque, para o autor, tratam-se de direitos aptos à criação de normas procedimentais, de direitos de interpretação e aplicação de normas procedimentais.

A última modalidade, o direito a prestação em sentido estrito, é definida por Alexy (2008, p. 499) como direitos da pessoa individualmente considerada, que requisita do Estado prestações não disponibilizadas em suficiência, das quais não pode obter de particulares, já que essa (pessoa individualmente considerada) é desprovida de recursos financeiros.

Portanto, entende-se que uma das obrigações do Estado imposta pela Constituição Federal é buscar a efetivação e proteção dos Direitos Fundamentais Sociais, nas suas variadas modalidades, tornando-os guias de execução e interpretação dos direitos positivados no ordenamento jurídico.

Leal (2009, p. 9) esclarece que a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais não é incumbência única e exclusivamente do Estado. Explica que esses direitos tem a natureza complexa e o seu cumprimento depende de inúmeras variáveis, sejam elas políticas, econômicas (condicionadas a prestações financiadas pelos cofres públicos), culturais, orçamentárias ou internacionais, tudo isso, conforme assinala o autor, “[...] desloca a centralidade obrigacional às suas concretizações para um universo maior de sujeitos de direito e cenários que não exclusivamente o Estado, chamando à colação tanto a Sociedade Civil como o Mercado para assumirem sua quota de responsabilidade [...]”

A previsão dos Direitos Fundamentais Sociais no bojo da Carta Federativa, sob as três formas de prestações preceituadas por Alexy (supramencionadas) gera o problema que se pretende tangenciar com este estudo, qual seja, de que forma e em que medida os Direitos Fundamentais Sociais dos trabalhadores estão sendo precarizados no bojo da assim chamada terceirização de serviços? No próximo tópico inicia-se o desdobramento dessa indagação.

3 MUTAÇÕES NO MUNDO LABORAL E A TERCEIRIZAÇÃO

O mundo está em constante transformação. Na medida em que as mudanças ocorrem, as relações sociais, culturais, políticas e econômicas sofrem os consequentes impactos.

No Direito do Trabalho não é diferente: as mutações mundiais intervêm intensamente sobre as relações laborais.

A crise de 1973, ocasionada pelo choque do petróleo, foi um dos marcos de transformações pois, a partir de então, dois movimentos ganharam força: a globalização e o regime de acumulação flexível do capital.

Alves (2000, p. 16-18) explica que esse novo regime, nada mais é que uma inovada forma capitalista de acumulação, imposta às corporações transnacionais. Essa nova configuração emergente de acumulação tinha como propósito reintegrar o capital na categoria de essencial e, com essa finalidade surgiram novas tecnologias capacitadas a desenvolver uma nova modalidade de produção capitalista, o que acabou por ascender o neoliberalismo.¹

Cabe salientar que o novo regime ganhou forma ante a derrocada do modelo fordista que a partir de 1960 começou a definhar. Pires (1998, p. 40-41) explica que tal modelo perdeu força diante de uma crise estrutural de desenvolvimento capitalista-fordista, afinal, houve a queda da

¹ O neoliberalismo emergiu de um projeto hegemônico do liberalismo político e do liberalismo econômico. É uma ideologia de mercado que segundo Azevedo (2001, p. 11) “[...] questiona e põe em xeque o próprio modo de organização social e política gestado com o aprofundamento da intervenção estatal. Menos Estado e mais mercado é a máxima que sintetiza suas postulações, que tem como princípio chave a noção de liberdade individual.”

lucratividade e a saturação dos mercados nacionais, que por conseguinte viabilizou a pressão sobre o mais fraco na tentativa de recuperar os lucros.

Segundo a visão capitalista de Harvey (2000, p. 135), a crise no sistema fordista resultou da sua própria rigidez, na medida em que era inflexível no que se refere à captação de investimentos fixos de larga escala e em longo prazo. Tal inflexibilidade, na ótica do autor, estendia-se também as alocações e sob os contratos de trabalho, diante da rigidez dos mercados.

Neste contexto propagaram-se inúmeras mudanças sobre o labor humano e sua organização, resultantes da reestruturação produtiva e da implantação do novo regime de acumulação e capital que detinha claramente os objetivos de reduzir os custos no ramo trabalhista e tornar o trabalhador a engrenagem do novo regime capitalista.

O modelo que se implantava de forma contrária ao anterior (fordismo) passou a organizar-se de forma horizontal, pois, no que se refere a demanda de trabalho era atendida mediante labor em equipe. Além do mais, nesta nova proposta de produção, os trabalhadores passaram a ter demasiadas funções, podendo atuar com certa autonomia e iniciativa na realização das atividades laborais.

Sobre essa mudança no ambiente de trabalho Alves (2000, p. 54) entende ser uma evolução, apesar de destacar que parte da doutrina entende que este modelo não permitiu uma evolução, mas sim um aperfeiçoado controle social e um domínio da subjetividade do trabalhador pelo capital.

Neste diapasão, o autor acima citado explica que o trabalho em equipe, incentivado pelo novo modelo de produção (toyotismo), acarreta o aumento das responsabilidades do trabalhador que conseqüentemente exerce a supervisão sobre o seu grupo. Ademais, tal modelo incentiva à concorrência entre as equipes, potencializando os esforços na maximização dos lucros da empresa.

O modelo do toyotismo sofreu mutações na sua proposta original ante as adaptações globais de interferência do capital estruturado no neoliberalismo, ou seja, inicialmente a pretensão do regime de produção era constituir um núcleo base de trabalhadores que gozassem estabilidade; porém, a partir da influência incisiva do capital passou a ser seguida a proposta de reduzir drasticamente os custos em detrimento do lucro, o que acabou por originar novos modelos de contratação e de organização dos trabalhadores.

Então, diante das transformações sobre a forma original do modelo de organização e da mecanização da mão-de-obra, o trabalho que era para ser estável, tornou-se quase virtual. Antunes (2007, p. 17) explica que tal momento de erosão do trabalho contratado e regulamentado do século XX está sendo vivenciado, porém, substituído por outras formas de trabalho, tais como o “empreendedorismo”, “cooperativismo”, “trabalho voluntário”, “trabalho atípico”.

Ademais, conforme expunha Carelli (2003, p. 58) a empresa se tornou “enxuta”, afinal, a proposta preponderante do modelo praticado é diminuir os custos. Logo, o número de empregados contratados diretamente foi reduzido e a realização das atividades essenciais, que não as finais, foram atribuídas a outras empresas satélites, ou seja, da grande empresa concentrada, desenvolvedora de todas as etapas do processo produtivo, ramificaram-se pequenas unidades produtivas, ainda interligadas pela rede, uma típica terceirização de serviços, entretanto, com redução significativa de trabalhadores e o aumento expressivo da produtividade.

Assim sendo, verifica-se que o resultado conseqüente é a precarização do labor humano, processo que atinge o indivíduo trabalhador independentemente de seu estatuto, e que tem influenciado a crescente degradação das condições do trabalho, das normas trabalhistas, da saúde, da vida, dos trabalhadores.

Diante desta expansão desvirtuada do universo empresarial, em um contexto de reestruturação da produção e da redução de custos, conforme anteriormente delineado, ganham força formas precárias² de trabalho, dentre elas a terceirização, realizadas tanto em setores periféricos quanto em setores nucleares.

Druck (1999, p. 102) explica que esse anseio por qualidade e produtividade, vivenciado no país no século XX, é uma epidemia que atingiu de forma mediata todas as atividades da economia, de produção, serviços, comércio e empresas, sejam elas de pequeno, médio ou grande porte. A autora ainda esclarece que no caso da terceirização, além de ter se difundida amplamente, mas que deveria ser praticada somente em áreas periféricas, passou também a ser praticada em etapas centrais de produção.

O fato é que a partir de 1990 a terceirização trabalhista vem ocupando diversos setores da economia, seja em atividades específicas ou sobre todo o processo produtivo, amparada a justificativa como uma tática segura e contemporânea de desenvolvimento.

Em nosso ordenamento jurídico a terceirização pode ser compreendida como uma forma de trabalho na qual é confiada a outras empresas tarefas que serão desenvolvidas, mediante remuneração, dentro da atividade essencial ou que sejam acessórias a esta.

Na perspectiva de Carrion (2006, p. 307), a terceirização consiste no ato pelo qual “[...] a empresa produtora, mediante contrato, entrega a outra empresa certa tarefa (atividades ou serviços não incluídos nos seus fins sociais) para que esta a realize habitualmente com empregados desta; transporte, limpeza e restaurante são exemplos típicos.”

Na mesma linha segue a concepção de Delgado (2009, p. 430), o qual entende que a terceirização é o “[...] fenômeno pelo qual se dissocia a relação econômica de trabalho da relação trabalhista que lhe seria correspondente.”

Em análise, há de se convir que a terceirização é uma relação triangular que abrange o empregado, a empresa prestadora e tomador de serviço, ou seja, o termo “terceirização” propriamente dito é utilizado para designar que a empresa prestadora se interpõe entre a empresa tomadora de serviços e o empregado, estando o último subordinado a empresa terceirizada, mesmo que o trabalhador preste serviços em benefício da empresa terceirizante.

A título de registro é importante denotar que a empresa que transfere as atividades é denominada de tomadora/terceirizante, no entanto, a empresa contratada, mediante remuneração é nomeada como prestadora ou terceirizada.

Há quem defenda a terceirização, sobre a justificativa de que essa forma laboral permite a redução dos custos em detrimento do aumento da lucratividade de grandes empresas, o que viabiliza a competitividade dessas empresas no mercado local e global.

Nessa linha de entendimento está a premissa destacada por Silva (1997, p. 30) que define a terceirização como cessão de atividades para fornecedores especializados, os quais são possuidores de tecnologia própria e moderna, com o intuito de o tomador concentrar-se em sua ativi-

² Conforme dispunha Hirata e Pretéceille (2002, p. 55), “[...] a precarização do trabalho é um processo central, comandado pelas novas exigências tecnológico-econômicas da evolução do capitalismo moderno.” Ainda, destacam os autores que a precarização traz três grandes deteriorações aos direitos do trabalho já que ocorre “[...] a desestabilização dos trabalhadores estáveis; a instalação na precariedade e o déficit de posições, na sociedade, associada à ideia de utilidade social de reconhecimento público.”

dade principal, “[...] preservando e evoluindo em qualidade e produtividade, reduzindo custos e gerando competitividade.”

Apesar dos prós, a maior parte da doutrina é firme ao reconhecer que a terceirização é uma das modalidades de flexibilização³ das normas trabalhistas que afronta incisivamente a dignidade da pessoa humana, princípio basilar do ordenamento jurídico.

Para além do reconhecimento formal na Constituição, o princípio da dignidade da pessoa humana é possuidor de força normativa, o qual deve ser imposto coercitivamente pelo Estado, já que figura como fundamento e objetivo deste, constituído também como limite da ordem econômica e da livre iniciativa.

Por outra ótica, denota-se que o fenômeno da terceirização recebe inúmeras críticas por ser uma modalidade de contrato precário que além de estilhaçar os direitos trabalhista já garantidos, permite que o trabalhador labore em ambientes de péssima infraestrutura.

Para Catharino (1997, p. 71) a terceirização é “[...] uma via aberta, em última análise, à exploração do trabalho humano, no fundo considerado como mercadoria, ao gosto dos economistas puros, como os ‘neoliberalistas’, adeptos da máxima liberação de uma mercado auto-regulado.”

Nesta esteira, importante destacar a lição de Delgado (2014, p. 45), segundo a qual a terceirização “[...] deforma a clássica relação de emprego, enfraquecendo sua potencialidade protetiva.” Ainda, explica a referida autora, que quando o empregado é separado do convívio laboral da empresa núcleo oportuniza-se a sedimentação da categoria profissional e enfraquece o poder de coalização e de negociação coletiva.

Traçados os primeiros apontamentos sobre o fenômeno da terceirização, ainda é necessário pontuar que no ordenamento jurídico nacional não há regulamentação legal para a terceirização. Há apenas o entendimento consubstanciado da Súmula n. 331⁴ do Tribunal Superior do Trabalho (TST) a qual é favorável à terceirização, tal Súmula cancelou a de n. 256, que por sua

³ A definição sobre o fenômeno da flexibilização é de difícil exatidão. Sobre essa premissa Catharino (1997, p. 49) leciona: “Tratando-se de um fenômeno recente (começado na década de 80), e estando em expansão, ainda é muito difícil defini-lo [...] Entretanto, admite para dar conteúdo jurídico ‘a esta ideia’, valer-se da opinião de autores espanhóis que consideraram 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’.” Na perspectiva de Uriarte (2002, p. 18) a flexibilização sobre as relações trabalhistas sempre foram “válvulas de escape” que apoiam os interesses neoliberais e tem com princípio basilar a não intervenção do Estado nas relações laborais constituídas entre individuais. Neste enfoque, para o autor, a flexibilização nas normas trabalhistas influencia o trabalhador a comercializar sua mão de obra ao empregador.

⁴ Súmula nº 331 do TST: I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974). II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988). III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta. V - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial. V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada. VI - A

vez vetava a contratação de trabalhadores por empresa interposta, com exceção a hipóteses de atividade-meio.⁵

Antes de evidenciar os contornos delineados pela Súmula 331 do TST é importante lembrar que a Carta Constitucional de 1988, nos moldes das diretivas disseminadas pela Organização Internacional do Trabalho e a fim de propagar a justiça social, reafirmou os direitos sociais trabalhistas, proclamando um denso regramento de proteção ao trabalho e ao trabalhador com o fito de reafirmar que o princípio da dignidade da pessoa humana deve ser respeitado e constituir a base sobre a qual deve se fundar qualquer relação laboral.

É essencial ainda ressaltar que dessa proclamação de direitos determinou-se que o valor social do trabalho e do emprego, sobre pleno apoio do princípio da dignidade da pessoa humana, compõe a estrutura do Estado Democrático de Direito, constituindo o emprego o veículo de inserção do indivíduo na vida socioeconômica, forma eficaz de distribuição de renda, de integrar-se à previdência, de oportunizar a cada ser humano a busca pelo mínimo existencial.

Nessa linha, o art. 170 da Constituição brasileira⁶ determina, de forma muito clara, que o poder econômico deve valorizar o trabalho humano e seu objetivo precípua é assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social. Logo, qualquer regramento infraconstitucional que venha disciplinar relações de trabalho, deve garantir ao indivíduo estas duas premissas básicas constitucionais: promoção da dignidade da pessoa humana e o primado do valor social do trabalho.

Isso registrado é possível notar que a edição da à Súmula de n. 331 do TST teve por objetivo impor certo limite nas atividades passíveis de terceirização, bem como na forma de proceder à mesma, visando, em última análise, proteger a relação de emprego típica da total desregulamentação.

Deste modo, a Súmula permitiu a liberdade de contratação através da terceirização em atividades-meio com o intuito de a empresa concentrar-se no desenvolvimento de suas atividades nucleares, denominadas atividades-fim, o que não eximiria a empresa da contratação direta de trabalhadores.

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

⁵ Importante mencionar que está tramitando no Congresso Nacional o projeto de lei 4330/2004 de autoria do ex-deputado Sandro Mabel (PMDB-GO), com o propósito de expandir a terceirização. Tal projeto foi desarquivado no mês de fevereiro do ano corrente e aguarda ser inserido em pauta para a devida votação no plenário da Câmara dos Deputados. Souto Maior (2013) aduz que os “protagonistas” deste projeto tentam convencer a todos de que a aprovação “fará bem” aos trabalhadores. Ainda, explica o citado autor que caso viesse a ser aprovado esse projeto “[...] ter-se-ia a formação de uma espécie de shopping center fabril, onde o objeto principal de comércio é o próprio ser humano.” Imperioso mencionar que há outro projeto de lei do senado idêntico ao PL 4.330/2004 trata-se do PLS 87/10, esse, por sua vez, encontra-se arquivado.

⁶ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

Assim, pode-se afirmar que a jurisprudência não reconhece a validade do contrato de terceirização de serviços em atividade-fim, por entender que esta forma de trabalho agride incisivamente as normas de proteção do trabalho.⁷

Nessa linha é o entendimento da autora Delgado (2014, p. 32), a qual compreende que ao ser desenvolvida a terceirização sobre as atividades finalísticas, estariam sendo fraudadas as normas trabalhistas, além de estar legalizada a comercialização de mão de obra (mercantilização do trabalho humano).

Estabelecido os limites de exercício da terceirização é possível identificar as dificuldades que há para estabelecer a definição para a atividade-fim e atividade-meio. Delgado (2014, p. 468) identifica atividades-fim como “[...] funções e tarefas empresarias e laborais que se ajustam ao núcleo da dinâmica empresarial e do tomador dos serviços, compondo a essência dessa dinâmica e contribuindo inclusive para a definição de seu posicionamento e classificação [...] empresarial e econômico.” No tocante as atividades-meio essas são definidas pelo autor como funções e tarefas desenvolvidas no labor que não incorporadas às atividades nucleares da empresa. “São, portanto, atividades periféricas à essência da dinâmica empresarial do tomador de serviço.”

Importante denominar que as espécies de terceirização legal são: trabalho temporário (Lei n. 6019/74; Súmula n. 331, I, TST); serviços de conservação e limpeza (Súmula n. 331, III, TST); serviços de vigilância (Lei n. 7102/70; Súmula n. 331, III, TST) e serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador (Súmula n. 331, III, TST).

Sublinha-se que sobre as formas de terceirização permanente não pode haver pessoalidade e nem subordinação do trabalhador terceirizado ao tomador de serviços, pois caso houvesse estaria configurado fraude trabalhista, conforme bem explica Delgado (2003, p. 144), a fraude seria compensada diante da fixação do vínculo de emprego.

A pretexto de finalizar esse tópico é necessário registrar que a jurisprudência que promoveu a Súmula de n. 331 do TST identificou modalidades trabalhistas de terceirização lícita, logo, as demais modalidades laborais de terceirização que não as expostas na Súmula em questão são fraudulentas, ilícitas, ferem o princípio da dignidade da pessoa humana, o valor social do trabalho e os preceitos constitucionais, nomeadamente os Direitos Fundamentais Sociais.

⁷ Ao apreciar a in/constitucionalidade dos limites imposto pela Justiça do Trabalho, a Corte Suprema, através do Recurso Extraordinário n. 713.211/MG, orientada pelo relator do recurso, Ministro Luiz Fux, atribuiu a repercussão geral ao tema da “terceirização de serviços para a consecução de atividade-fim da empresa” (tema n. 725), conforme transcrito no respectivo acórdão: “RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. ADMINISTRATIVO. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. POSSIBILIDADE DE TERCEIRIZAÇÃO E SUA ILÍCITUDE. CONTROVÉRSIA SOBRE A LIBERDADE DE TERCEIRIZAÇÃO. FIXAÇÃO DE PARÂMETROS PARA A IDENTIFICAÇÃO DO QUE REPRESENTA ATIVIDADE-FIM. POSSIBILIDADE. 1. A proibição genérica de terceirização calcada em interpretação jurisprudencial do que seria atividade-fim pode interferir no direito fundamental de livre iniciativa, criando, em possível ofensa direta ao art. 5º, inciso II, da CRFB, obrigação não fundada em lei capaz de esvaziar a liberdade do empreendedor de organizar sua atividade empresarial de forma lícita e da maneira que entenda ser mais eficiente. 2. A liberdade de contratar prevista no art. 5º, II, da CF é conciliável com a terceirização dos serviços para o atingimento do exercício-fim da empresa. 3. O *thema decidendum, in casu*, cinge-se à delimitação das hipóteses de terceirização de mão-de-obra diante do que se compreende por atividade-fim, matéria de índole constitucional, sob a ótica da liberdade de contratar, nos termos do art. 5º, inciso II, da CRFB. 4. Patente, assim, a repercussão geral do tema, diante da existência de milhares de contratos de terceirização de mão-de-obra em que subsistem dúvidas quanto à sua legalidade, o que poderia ensejar condenações expressivas por danos morais coletivos semelhantes àquela verificada nestes autos. 5. Diante do exposto, manifesto-me pela existência de Repercussão Geral do tema, *ex vi* art. 543, CPC.

4 DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS X TERCEIRIZAÇÃO

É de grande repercussão a discussão de que a prática da terceirização é irregular, sobre a justificativa de que essa impõe ao regime de relações laborais repercussões deletérias, precarizando os direitos sociais dos trabalhadores.

Os limites impostos ao exercício da terceirização não são suficientes. Ao analisarmos as nuances da terceirização, mesmo as práticas regidas criteriosamente nos moldes da súmula 331 do TST, prejudicam o trabalhador de algum modo, geram condições degradantes de emprego, seja por não promover subsídio suficiente para o trabalhador que luta para garantir o mínimo existencial, ou mesmo pelo fato de que este fenômeno gera condições discriminatórias, de segregação, de exclusão social, com a permanente afronta aos princípios da dignidade da pessoa humana, princípio da isonomia e a consequente violação dos Direitos Fundamentais Sociais, já constitucionalmente assegurados.

Ferraz (2006, p. 251) aponta que o Ministério Público, após demasiadas denúncias, passou a investigar a mão de obra contratada para empresas como a Furnas, Petrobras, bem como para instituições financeiras do Banco do Brasil e da Caixa Econômica Federal. Da investigação, constatou-se que cargos que deveriam estar sendo ocupados por funcionários públicos, na verdade haviam sido entregues a trabalhadores terceirizados que no desempenho das funções recebiam salários inferiores, com mínimas garantias em relação aos funcionários efetivos, estando também, desprovidos de treinamentos o que consequentemente os deixa vulneráveis a acidentes de trabalho.

Nessa linha, importante denotar que o trabalhador que labora em “regime” de terceirização é exposto a condições que deixam muito a desejar. Ademais, o rol de direitos que são suprimidos desse é devastador frente a suas garantias mínimas, já conquistadas, e dentre esses direitos deteriorados, enumeram-se, a seguir, um rol exemplificativo.

Destaca-se como sonicação de direitos a precarização em relação ao ambiente laboral, que decorre da redução de investimentos em medidas de proteção à saúde e segurança no trabalho dos terceirizados, assim como da própria falta de representatividade no plano coletivo, o que para Delgado (2014, p. 45) resulta na desintegração da identidade da classe dos terceirizados e na desmobilização a organização de movimentos grevistas.

Imperioso ressaltar que a precarização do trabalho aumenta a incidência de acidentes laborais, uma vez que aos trabalhadores terceirizados, em muitos casos, falta o aparato e proteção da saúde e segurança do trabalho. Contudo, há de se ressaltar que além dessas determinantes, outro fato gerador de acidentes no ambiente laboral é o excesso de jornada, coadunado ao excesso de trabalho e falta de treinamento.

Neste diapasão, Almeida (2007, p. 192-193), dirigente do sindicato dos trabalhadores da indústria da construção civil, montagem e manutenção industrial de Candeias-BA,⁸ explica que os acidentes de trabalho acontecem muitas vezes devido à falta de interesse do empregador que não manifesta qualquer esforço em promover ao seu trabalhador terceirizado conhecimento e prevenção. Não há interesse porque na visão minimalista do empregador, tal promoção não acarretará investimentos, somente gastos. Assim, a título de conhecimento e estatística, o autor supramen-

⁸ SITICCAN - Sindicato que abrange os municípios de Candeias, São Sebastião do Passé, São Francisco do Conde, Simões Filho e Madre de Deus.

cionado, através do apoio de Robson Santana (Coordenador do Departamento de Terceirizados do Sindicato dos Trabalhadores do Ramo Químico e Petrolífero do Estado da Bahia), identifica como 80%, do total de acidentados, trabalhadores terceirizados atingidos por acidentes na indústria petroquímica e petrolífera.

Delgado (2014, p. 45) destaca como supressão deletéria de direito o empecilho de integração do trabalhador terceirizado com o beneficiário final de sua mão de obra. Também elenca como condição precária o ensejo de empregos transitórios, haja vista a flexibilidade e mobilidade que o empregador deve ter a fim de atender o mercado.

Vale notar que empregos transitórios resultam na supressão de benefícios sociais, tratamento desigual, redução salarial, insegurança no emprego e aumento da rotatividade de mão de obra.

Ainda é possível identificar, diante das condições de desvantagem do trabalhador terceirizado, que esse sofre exclusão social pois, na generalidade dos casos, é segregado e discriminado no ambiente de trabalho. Nessa linha, Carelli (2003, p. 209) explica que um dos fatores da exclusão é a distinção dentre trabalhadores efetivos e terceirizados, distinção esta que gera um “status de inferioridade” dos terceirizados em detrimento aos demais trabalhadores. Além disso, assinala o autor, que inúmeras vezes o trabalhador é discriminado pela própria utilização do termo “terceirizado”.

Imperioso observar que a prática da terceirização dificulta aos terceirizados o acesso e participação sobre os benefícios da empresa. A título de exemplo pode-se mencionar a participação sobre os lucros e resultados.

Assim, analisando a dimensão e profundidade destas incisivas deteriorações dos direitos dos trabalhadores, resultantes da prática da terceirização, atreladas a uma das funções precípuas do Estado, que é a de garantir e viabilizar os Direitos Fundamentais Sociais, pode-se visualizar a colisão desses vetores em inúmeros segmentos.

Colisão no que se refere à promoção eficiente dos Direitos Fundamentais Sociais, mais especificamente a promoção do direito social do trabalho, pois não basta ao Estado promover ou permitir que trabalhadores laborem. De fato, o Estado deve ir além para exigir e fiscalizar o cumprimento das condições e direitos básicos do trabalhador, aí incluídos os terceirizados, direitos esses que garantam o mínimo de dignidade.

Reafirmando as premissas já mencionadas é de destaque a função competente do Estado em fiscalizar e promover a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. Para tanto, o Estado necessita analisar a compatibilidade das normas infraconstitucionais ante o regramento constitucional, promover a correta aplicação e alocação dos recursos públicos conforme a necessidade social, devendo ainda sopesar e equacionar a razoabilidade das demandas oriundas da relação capital e trabalho.

Forçoso reconhecer, conforme destacado anteriormente, que coadunado à função do Estado de garantir e concretizar os Direitos Fundamentais Sociais está, em paralelo, a sociedade civil e o mercado, afinal, todos os membros da sociedade devem assumir a sua “quota de responsabilidade”, conforme preconiza Leal (2009, p. 9).

Se o Estado, amparado pela sociedade civil e empresas, assim os fizer, promoverá de forma eficiente os Direitos Fundamentais Sociais. Do contrário, estes direitos serão prestados de forma ineficiente, incondizente com as necessidades dos trabalhadores, os quais necessitam não

só de um mero trabalhado, mas de um labor saudável, com a garantia de todos os direitos fundamentais já conquistados e proclamados, de forma implícita ou explícita, na Carta Magna.

Importante reconhecer, conforme os estudos supramencionados, que os Direitos Fundamentais Sociais não são simplesmente conferidos aos indivíduos. Para a promoção destes direitos, é necessário a elaboração de um amplo e bem estruturado rol de programas de ação e de políticas públicas a serem promovidas pelo Estado, pela Sociedade e pela Empresa. Imperioso agregar que, amparando o Estado no cumprimento dos Direitos Fundamentais Sociais, é crucial a participação da sociedade como um todo, cada qual contribuindo com a sua quota de responsabilidade.

Ainda, no que se refere a legalidade da prática da terceirização e o enfoque de que esta precariza os direitos trabalhistas, Souto Maior (2004, p. 123) é partidário de que a fim de conservar os Direitos Fundamentais já garantidos o fenômeno da terceirização só deve ser admitido, validamente, “[...] no sentido de manter a relação de emprego entre os trabalhadores e a empresa prestadora quando a prestadora de serviços possua uma atividade empresarial própria, assumindo o risco econômico, [...] e sua contratação se destine à realização de serviços especializados [...]”

Sob essa perspectiva, conclui-se que a terceirização deve ser aplicada excepcionalmente e por tempo determinado, estritamente nos casos elencados na Súmula 331 do TST, de modo a não afetar a proteção clássica do emprego, por ser essa a diretriz constitucional consubstanciada no valor social do trabalho, na promoção do pleno emprego e da proteção da dignidade da pessoa humana.

5 CONCLUSÃO

A pesquisa buscou evidenciar que o Direito do Trabalho, assim como os Direitos Fundamentais Sociais, para serem cumpridos e garantidos tanto pelo Estado, quanto pela sociedade, primeiramente, necessitam serem interpretados e aplicados à luz dos ditames constitucionais que primam pela promoção do valor social do trabalho e da proteção da dignidade da pessoa humana.

Demonstrou-se que a terceirização, na generalidade dos casos, deprecia direitos e garantias fundamentais do trabalhador, na medida em que promove condições degradantes de trabalho ao terceirizado, as quais ferem indelevelmente a dignidade da pessoa humana e os Direitos Fundamentais Sociais. Por tal razão, essa prática deve desenvolver-se excepcionalmente, por tempo determinado e em estrita observância ao que preconiza a Súmula 331 do TST.

Por fim, constatou-se que o Estado, a empresa e a sociedade exercem papel primordial na promoção e garantia dos Direitos Fundamentais sociais, nomeadamente o Direito do Trabalho, na medida em que, conforme assinalado ao longo desta pesquisa, todos devem assumir a sua quota de responsabilidade nessa missão. Enfim, é de extrema necessidade que se estabeleça uma tutela especial ao trabalhador terceirizado, pois restou claro que esses trabalhadores estão socialmente mais vulneráveis e merecem a máxima densidade protetiva.

LA PRECARIEDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE CAMBIOS ANTES CONTEMPORÁNEO SOCIAL EN EL MUNDO DEL TRABAJO: EL FENÓMENO DE LA TERCIARIZACIÓN

RESUMÉN

Esta investigación tiene como objetivo demostrar que la práctica de la terciarización, precariza los Derechos Directos Sociales Fundamentales, más específicamente el Derecho Fundamental Social del Trabajo, que sufre desgaste consecutivo en los avances logrados. Para apoyar este estudio, nos ocupamos de los aspectos

teóricos de los Derechos Sociales Fundamentales y sus principales marcos normativos a nivel nacional e internacional. De otra manera, los principales aspectos de la terciarización fueron señalados, como definición, aplicabilidad, las posiciones a favor y en contra de la práctica del fenómeno; todo ello con la finalidad de entrelazar contenido y facilitar la comprensión. Por último, presentamos, de manera ejemplar, los efectos negativos que la práctica de la terciarización imprime sobre los derechos de los trabajadores, destacando el consiguiente desgaste de los derechos sociales. La metodología utilizada es la investigación exploratoria, que se clasifica en la literatura y documentos, que trata de la lectura, el análisis y la interpretación de los libros, revistas y artículos científicos. Además de los efectos ya expresados, uno de los objetivos de la investigación es estimular un mayor análisis y preguntas sobre el tema. Palabras clave: Derechos sociales fundamentales. La terciarización. Derecho del Trabajo. Precariedad. Supresión de los derechos.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Giovanni. *O novo (e precário) mundo do trabalho - Reestruturação produtiva e crise do sindicalismo*. São Paulo: Boitempo, 2000.
- ANTUNES, Ricardo. Dimensões da precarização estrutural do trabalho. In: DRUCK, Graça; FRANCO, Tânia (Org.). *A perda da Razão Social do Trabalho: Terceirização e precarização*. São Paulo: Boitempo, 2007.
- AZEVEDO, Janete M. Lins de. *A educação como política pública*. Campinas: Autores Associados, 2001.
- BONAVIDES, P. *Curso de direito constitucional*. 27. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. 7. ed. São Paulo: Manole, 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 713211 RG/MG. Plenário. Relator: Luiz Fux. Julgamento em: 11 maio 2014. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=6047583>>. Acesso em: 15 jan. 2015.
- CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Síntese, 2003.
- CARELLI, Rodrigo de Lacerda. *Terceirização e Intermediação de Mão-de-Obra: Ruptura do sistema trabalhista, precarização do trabalho e exclusão social*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CARRION, Valentin. *Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho: legislação complementar e jurisprudência*. 31. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- CATHARINO, José Martins. *Neoliberalismo e sequela*. São Paulo: LTR, 1997.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Os Limites Constitucionais da Terceirização*. 1. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Terceirização: paradoxo do direito do trabalho contemporâneo*. São Paulo: LTR, 2003.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2009.
- DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. 13. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- DRUCK, Maria da Graça. *Terceirização: (des)fordizando a fábrica*. São Paulo: Boitempo, 1999.

FERRAZ, Fernando Basto. *Terceirização e demais formas de flexibilização do trabalho*. São Paulo: LTR, 2006.

HARVEY, David. *Condição Pós-Moderna*. 9. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2000.

HIDRATA Helena; PRETÉCEILLE, Edmond. Trabalho, exclusão e precarização socioeconômica - O debate das ciências sociais na França. *Caderno CRH*, Salvador, n. 37, p. 47-80, jul./dez. 2002.

LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficazes dos Direitos Fundamentais Sociais: Os desafios do Poder Judiciário Brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEAL, Rogério Gesta. *Perspectivas hermenêuticas dos direitos humanos e fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

LEAL, Rogério Gesta; TRINDADE, Cesar. As Dimensões da Reserva do Possível e suas implicações na efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais. In: STRAPAZZON, Carlos Luiz; OLDSCHMIDT, Rodrigo; TRAMONTINA, Robison (Org.). *Teoria geral e mecanismos de efetividade no Brasil e na Espanha*: Tomo I. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. A terceirização sob uma perspectiva humanista. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Porto Alegre, v. 70, n. 1, p. 119-129, jan./jun. 2004.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. *Terceirização elimina responsabilidade social do capital*. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 04 mar. 2015.

PIRES, Desine. *Reestruturação Produtiva e Trabalho em Saúde no Brasil*. São Paulo: Annablume, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, Ciro Pereira da. *A terceirização responsável: modernidade e modismo*. São Paulo: LTR, 1997.

URIARTE, Oscar Urmida. *A flexibilidade*. São Paulo: LTR, 2002.

IDENTIDADE, IMIGRAÇÃO E TRABALHO: OS DIREITOS SOCIAIS DO TRABALHADOR HAITIANO SOB A PERSPECTIVA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Thais Janaina Wenczenovicz*
Rodrigo Espiúca dos Anjos Siqueira**

RESUMO

O devido artigo trata da integração dos Imigrantes Haitianos junto a sociedade brasileira - mais especificamente na região norte do Rio Grande do Sul (Brasil) - tendo em vista sua relação junto as dimensões materiais e concepções das diretrizes do trabalho. Nesse sentido, pretende-se demonstrar os fatores que impulsionaram o deslocamento desses imigrantes e o processo de adaptação no Sul do Brasil, bem como em que medida as políticas de imigração ameaçam a manutenção dos Direitos Humanos de indivíduos provenientes de países com histórico de dependência e intransigência aos Direitos Fundamentais Cíveis e Sociais em seu país de origem. Tal condição corrobora na análise entre as políticas de integração e negação aos Direitos Humanos. Ao longo dos últimos vinte anos, o Brasil adotou uma série de novas políticas voltadas à gestão dos movimentos transfronteiriços e aos imigrantes no Brasil, políticas estas que respondem não somente ao ativismo dos migrantes e seus aliados, mas também à estratégia da política externa brasileira. Como procedimento metodológico, o devido trabalho utiliza-se da pesquisa bibliográfica acompanhado da descrição e interpretação da realidade dos sujeitos na compreensão da temática abordada tendo utilizado a técnica de Grupo focal. Para representar os dados a partir de uma perspectiva mais próxima do sujeito, foram utilizados fragmentos das entrevistas e análise de discurso.

Palavras-chave: Direitos Humanos. Imigrantes Haitianos. Integração. Trabalho.

1 INTRODUÇÃO

“Os direitos humanos reforçam ainda mais o que é agora reconhecido como o problema central da redução da pobreza - a capacitação dos pobres, vendo os pobres não como vítimas que precisam de mais recursos, mas como cidadãos que possuem direitos, e que estão qualificados a tomar parte na tomada de decisões para exigir e exercer seus direitos.

Venho enfatizando a necessidade de assegurar a inclusão e a participação de todos os membros da sociedade, e de assegurar que os grupos marginalizados e excluídos tenham uma voz significativa. O desenvolvimento humano efetivo só pode ser alcançado onde as pessoas são livres para participar nas decisões que moldam suas vidas. O livre arbítrio de pessoas para determinar seus próprios sistemas político, econômico, social e cultural, e sua plena participação em todos os aspectos

* Pós-doutora em História pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul; Doutora em História pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Docente adjunta/pesquisadora sênior da Universidade Estadual do Rio Grande do Sul; Membro do Comitê Internacional Global Alliance on Media and Gender (GAMAG) - Unesco; t.wencze@terra.com.br

** Mestre em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor dos Cursos de Graduação e Pós-Graduação das Faculdades Anglicanas de Erechim e de Tapejara; Avenida Sete de Setembro, 44, Centro, 99700-000, Erechim, Rio Grande do Sul, Brasil; espiuca@yahoo.com

de suas vidas, é algo que, para mim, é axiomático. É, em síntese, inerentemente ‘civilizador’.”
(Sérgio Vieira de Mello)

Desde os primórdios da Humanidade o homem tem migrado por razões diversas, impulsionados por motivos endógenos e exógenos. Migra-se por questões culturais, econômicas, políticas e sociorreligiosas ou desastres ambientais e climáticos a exemplo do grupo em estudo.¹ A imigração haitiana ao Brasil é um fenômeno migratório que ganhou grande proporção após o terremoto o qual abalou o país caribenho em 12 de janeiro de 2010 e provocou a morte de mais de milhares de pessoas e deixou outras tantas na condição de deslocados internos.

Há que se dizer persistentemente que os níveis de afetação em desastres ditos naturais têm correspondências evidentes com a estrutura de classes e essas, no Haiti, conforme as estatísticas oficiais revelam, tem correspondências sociais historicamente produzidas. Os que sofrem menos dispõem de narrativas incompletas sobre as insuficiências operativas do Estado. Os que morrem, estes sim, são os que melhor dispõem do testemunho da indiferença, incapacidade, equívocos e má vontade contidos nas providências de coordenação do cenário arrasado. Como os mortos se veem, por definição, impossibilitados de autoexpressão no tema, salvam-se circunstancialmente as aparências de cumprimento do dever.

Embora isso, o silêncio providencial dos mortos também gera uma narrativa, acessível aos que tem olhos de ver: se expressa na quantidade de vítimas fatais havidas numa localidade esquecida, desde há muito, pelas providências do ente público, expressa-se nos corpos que permanecem por tempo prolongado insepultos, pelos que são facilmente dados como desaparecidos, os que são localizados com significativas mutilações e traumas, os que são ignorados sem que haja preocupação em resgatá-los.

A presença de haitianos no Brasil era inexpressiva antes da instabilidade política que afetou o país em 2003-2004. Desde então, com a presença dos militares da força de paz da ONU (em sua maioria brasileiros), os haitianos passaram a ver no Brasil um ponto de referência. Após o terremoto de 2010, que desencadeou um grande impulso ao deslocamento de grupos de médio e grande porte, o Brasil passou a ser um dos destinos preferenciais dos migrantes. Segundo dados divulgados pela Pastoral do Imigrante (BRASIL, 2015), atualmente cerca de 50 a 100 haitianos entram por dia no Brasil ilegalmente, pelo estado do Acre e outros Estados. Desse ingresso - oficial ou ilegal - deflagram-se relações e contatos diversos e consolidam-se zonas de contatos sociais entre nacionais e estrangeiros.

Para Santos (2003, p. 43), as zonas de contato são campos sociais em que diferentes mundos da vida normativa se encontram e defrontam. Para o autor é nesses espaços que diferentes culturas jurídicas se defrontam de modos altamente assimétricos, quer dizer, em embates que mobilizam trocas de poder muito desiguais. As zonas de contato são, portanto, zonas em que

¹ O clima haitiano caracteriza-se como tropical e é influenciado pela maritimidade, acrescido da condição de estar situado no Circuito de Furacões, resultando frequentemente na incidência de tempestades tropicais e furacões no período de junho a outubro. A temperatura média mínima é de 20 °C e a máxima de 34 °C. A estação das chuvas ocorre duas vezes por ano de abril a junho e entre outubro e novembro. Estas características contribuem para o histórico de frequentes alagamentos e desastres ambientais (AGÊNCIA OFICIAL DO CLIMA, 2015).

ideias, saberes, formas de poder, universos simbólicos e agências normativas e rivais se encontram em condições desiguais e mutuamente se repelem, rejeitam, assimilam, imitam e subvertem, de modo a dar origem a constelações político-jurídicas de natureza híbrida em que é possível detectar o rasto da desigualdade das trocas.

Em resultado das interações que ocorrem na zona de contato, tanto a natureza dos diferentes poderes envolvidos como as diferenças de poder existentes entre eles são afetadas. A compreensão deste conceito é fundamental para este trabalho, uma vez que a integração - sendo o Brasil um país multiétnico - é um dos tantos exemplos atuais de grupos sociais que se envolvem e têm se envolvido em conflitos assimétricos com culturas nacionais dominantes.

Partimos da percepção de que o Brasil sempre foi considerado um país de fácil convivência entre os diferentes, inclusive no campo da integração. Entretanto, nos últimos anos, à medida que a sociedade se torna cada vez mais plural em termos socioculturais e religiosos, paradoxalmente temos assistido a manifestações públicas de estigma, intolerância, preconceito e xenofobia.

A experiência de ingresso de imigrantes no Brasil deu-se pelos portugueses, seguido pelos espanhóis, franceses e holandeses. Em 1817 adentram no país os suíços e, em 1824 chegam os primeiros austríacos que posterior estimulam o ingresso de alemães, italianos, poloneses, russos e judeus. Após a II Guerra Mundial há várias levas de japoneses que adentram no país. Num segundo momento do século XX pode-se constatar a chegada de africanos e asiáticos considerando a emancipação das Colônias ao estado de Independência Política. O grupo em estudo - haitianos - inclui-se no quesito impulso econômico e sócio-político (MAESTRI, 2001, p. 136-138).

O presente artigo divide-se em cinco partes. A primeira aborda um breve panorama do cenário migracional no Brasil e suas interrelações com os Direitos Humanos. A segunda parte apresenta um relato acerca da trajetória histórica do Haiti - país de origem do grupo analisado nesse estudo. A terceira parte traça um sucinto panorama dos haitianos no Brasil Meridional e as duas últimas partes discorrem sobre elementos de integração e a compreensão das dimensões materiais dos Direitos Humanos e sua relação ao mundo trabalho por parte dos imigrantes haitianos residentes no norte do Rio Grande do Sul/Brasil.

2 BREVE ESCORÇO DOS IMIGRANTES NO BRASIL: CONVERGÊNCIAS E REFLEXÕES À LUZ DOS DIREITOS HUMANOS

Na atualidade, pode-se apontar que entre 800 mil e 1,2 milhão de estrangeiros vivem no Brasil. O número é considerado reduzido se levarmos em conta a dimensão total da população brasileira, entretanto a concentração de alguns grupos em cidades específicas vem contribuindo para uma maior visibilidade do tema migração na sociedade brasileira (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA, 2010).

As comunidades de bolivianos e chineses na cidade de São Paulo e os libaneses em Foz do Iguaçu, Paraná, são alguns casos emblemáticos. A “lei de estrangeiros” que regula a entrada e permanência de imigrantes no Brasil foi criada em 1980, ainda na vigência do regime ditatorial no Brasil e se insere na lógica da “segurança nacional” do período. A elaboração dessa lei se deu em um momento em que o regime militar estava particularmente descontente com a “interferência” de religiosos estrangeiros em assuntos considerados de foro interno e buscava um mecanismo que facilitasse a expulsão de estrangeiros envolvidos em atividades políticas no país. De fato, a Igreja

Católica no Brasil foi desde o início do período republicano (1889) uma das principais críticas da legislação brasileira para estrangeiros, e segue hoje sendo a base para muitas das organizações de defesa dos interesses e dos direitos dos estrangeiros no Brasil (REIS, 2011).

A principal crítica das organizações que defendem os interesses dos imigrantes no Brasil diz respeito ao fato de que muitas das normas presentes na lei de 1980 estão em descompasso com as disposições relativas ao reconhecimento aos Direitos Humanos presentes na Constituição de 1988 (ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS, 2007). A inconsistência da legislação de 1980 é apontada como uma fragilidade das demandas do Estado brasileiro para tratar a questão dos imigrantes em negociações e fóruns bilaterais e multilaterais.

Os movimentos sociais, organizações não governamentais e pesquisadores do Brasil ao longo dos anos buscaram não apenas sensibilizar o Estado brasileiro para as demandas dos emigrantes estrangeiros, como também construir um consenso sobre a importância das mudanças na lei de imigração nacional e sua conexão com as necessidades dos brasileiros no exterior. A carta enviada pelo Coordenador do Centro de Apoio ao Migrante de São Paulo, Paulo Illes, para a época candidata Dilma Rousseff em outubro de 2010 é bastante ilustrativa desse argumento:

[...] ao defender uma política de migração integral, a qual contempla tanto as migrações de brasileiros e brasileiras para o exterior, o retorno de emigrantes e a imigração em nosso país, sempre sob o enfoque dos direitos humanos, percebemos a necessidade da construção de uma Secretaria de Políticas Migratórias, vinculada ao Gabinete da Presidência da República que possa articular e promover a implementação de uma política migratória coordenada entre estes órgãos e outros da administração pública.

[...] Superando-se a dispersão de competências que por vezes dificulta o avanço, uma das principais tarefas desta nova instituição seria, sem dúvida, fortalecer ainda mais a postura do Brasil como um país exemplo de acolhida para imigrantes e livre da discriminação e da xenofobia.

Em termos institucionais, a movimentação de pessoas através das fronteiras do Brasil envolve um conjunto variado de Ministérios e autarquias tais como: o Ministério das Relações Exteriores, o Ministério do Trabalho, o Ministério da Justiça, a Polícia Federal, entre outros. Em princípio, o órgão que coordena as ações dessas diversas instituições em relação à entrada de estrangeiros no Brasil é o Conselho Nacional de Imigração (CNIg), criado pela lei de 19 de agosto de 1980 e vinculado ao Ministério do Trabalho, e que tem por objetivo, entre outros, “formular a política de imigração”, “coordenar e orientar as atividades de imigração”, fazer um levantamento das necessidades do mercado de trabalho no Brasil, realizar estudos, coletar informações e “opinar sobre alteração de legislação relativa à imigração quando proposta por qualquer órgão do governo executivo” (PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA, 1993).

O debate sobre a necessidade de transformar a legislação de estrangeiros caracteriza-se pela baixa repercussão no cenário variado dos interesses políticos. Em 2009, o Governo encaminhou para o Congresso a proposta do Novo Estatuto dos Estrangeiros (PL 5.655/2009). Entre outras mudanças, a lei prevê a transformação do CNIg em Conselho Nacional de Migrações, estendendo formalmente sua competência a questões que dizem respeito à emigração de brasileiros.

Nessa assertiva, é importante destacar que três anistias foram realizadas no Brasil: a primeira em 1988, depois em 1998 e finalmente em 2009. Nesta última, 43 mil estrangeiros foram

regularizados, entre os quais 17 mil bolivianos² e mais de 4 mil paraguaios. Se, por um lado, as anistias demonstram a “boa vontade” oficial para lidar com a questão dos indocumentados, por outro lado revelam a persistência do problema ao longo dos anos e a necessidade de uma política mais abrangente. Idealmente, com a implementação dos acordos de livre circulação e a nova legislação de estrangeiros, o número de indocumentados no país deve cair (REIS, 2011).

3 HAITI: ELEMENTOS HISTÓRICOS E CULTURAIS

Tradicionalmente costuma-se apontar o ano de 1804 como marco de fundação do Haiti, quando da declaração de sua independência do Império Francês.³ A história do primeiro país latino-americano independente retrata um caminho instável em sua trajetória política, econômica e social até os dias atuais. Revoltas, golpes e repressões marcaram o povo haitiano que sobrevive à inúmeras violações dos direitos humanos.

Hoje, a “Pérola do Caribe” tornou-se uma das nações mais pobres da América Latina e atrai atenção da comunidade internacional desde 1991, devido à presença em seu território de diversas missões da Organização dos Estados Americanos (OEA) e das Nações Unidas (ONU) impulsionadas pelo quadro interno de violência e miséria instalado no país, acrescido dos desastres ambientais vivenciados após o ano de 2010.

O Haiti ocupa uma parte ocidental da ilha Hispaniola e é banhado pelo Oceano Atlântico; ao sul pelo Mar do Caribe (ou Mar das Antilhas); a oeste pela Baía de Gonaïves, Passagem de Windward e Estreito da Jamaica; e a leste, compartilha a ilha Hispaniola com a República Dominicana, única fronteira terrestre com cerca de 360 Km de extensão. Esta característica insular de sua área lhe confere uma estrutura física predominantemente individual e lhe conferiu um caráter de território facilitador à projeção de rotas aéreas e marítimas para a Europa e África (JAMES, 2000).

Sua economia centra-se na agropecuária - responsável por 28% do PIB, a indústria (20%) e o setor de serviços com 52%. Na agricultura os principais produtos são café, cana-de-açúcar, manga, milho, sorgo e arroz. A pecuária é incipiente, mas desenvolve-se com pequenos rebanhos de equinos, bovinos, caprinos e aves. Devido a sua característica geográfica é possível apontar o pescado como um dos elementos que também colaboram com a economia local (MINISTÉRIO GERAL DO HAITI, 2015).

Os demais setores, como a atividade mineradora que extrai mármore, argila e calcário tem volume quase inexpressivo e a frágil indústria se concentra nas áreas alimentícia (farinha

² Segundo dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (2013), a **imigração boliviana no Brasil** é um movimento migratório ocorrido a partir do último quarto do século XX. É uma das maiores populações do 0,5% da população brasileira que é proveniente dos países da América do Sul, estando sua maioria localizada nos Estados de Mato Grosso do Sul e São Paulo. É o quinto maior grupo de imigrantes que vivem no Brasil, superados por americanos, japoneses, paraguaios e portugueses.

³ Em 1492, Cristóvão Colombo, sob a bandeira do Reino da Espanha chega à ilha recém descoberta batizada de Hispaniola. Inicialmente, os espanhóis estabeleceram fortes no litoral; depois da segunda viagem do almirante ao Caribe, a colonização foi estendida para toda a ilha, ocorrendo numa primeira etapa a escravização dos indígenas para o trabalho na agricultura e cerâmica. A partir de 1520 a colonização espanhola na região teve sua decadência. Nesse período, praticamente toda a população nativa, composta em sua maioria por índios aruaques e caraíbas, havia sido exterminada pelos Espanhóis. Depois da decadência espanhola, a partir de 1625, a ilha teve grande influência francesa. Em 1697 a Espanha e a França assinaram o Tratado de Ryswick, que determina a passagem do controle do terço ocidental de Hispaniola (Haiti) para a França (JAMES, 2000).

e açúcar), têxtil, e de cimento. Conforme dados econômicos de 2009, é possível apontar que a balança comercial do Haiti é deficitária e assim se constitui: exportações de US\$ 558,7 milhões e importações de US\$ 2,048 bilhões tendo como principais parceiros comerciais os Estados Unidos - 33,11%, a República Dominicana - 23,53%, as Antilhas Holandesas - 10,75% e a China - 5,36% (MINISTÉRIO DAS RELAÇÕES INTERNACIONAIS, 2013).

Enquanto condição social, a população haitiana apresenta dados elevados de analfabetismo, desemprego, enfermidades e epidemias, acrescido da violência levando a titularidade de país que possui 70% da população total classificada como pobre ou vulnerável propensa a voltar à pobreza toda vez que um desastre natural ou uma doença se abater sobre eles (USAID, 2015).

Já a ONU e a Unesco, assinalam que de um total de um milhão e meio de acampamentos criados em 2010 para abrigar temporariamente as famílias desalojadas pelo terremoto ainda existem 123 e vivem ali mais de 85.000 pessoas que, em sua maioria, não têm acesso a água potável, coleta de lixo ou energia elétrica, ou estão em risco de sucumbir ao próximo desastre natural. Em suma, o país mais pobre e desigual do hemisfério, e sua frágil democracia, continuam tentando sobreviver e nessa assertiva arriscam-se em viagens para tentar a vida em um país seguro e que os ofereça uma vida digna.

Sendo assim, pode-se resumir que os milhares de pessoas que saíram do Haiti rumo ao Brasil são produto não de uma imaginada e pretensa cultura de migração, mas por um elemento decisivo: a falta de trabalho com remuneração adequada, doenças, fome e exclusões diversas colocando o todo tempo em prova a dignidade da pessoa humana. Os problemas econômicos e sociais, acrescido do desastre ambiental de 2010 e aos dilemas da herança colonial - resultou na desestruturação das organizações tradicionais, assim como no neocolonialismo de perfil econômico e financeiro que estão submetidas especificamente as cidades de Porto Príncipe, Carrefour e Delmas.

4 PROCESSO MIGRATÓRIO E OS HAITIANOS NO SUL DO BRASIL

Como já apontado o Acre figura dentre os Estados que primeiramente recebeu os imigrantes haitianos no Brasil. Segundo dados da Polícia Federal (2014), aportaram no Acre - desde dezembro de 2010, cerca de 130 mil haitianos utilizando-se da fronteira do Peru com o Estado e se instalaram de forma precária também nos estados do Amazonas, Mato Grosso, Mato Grosso do Sul e do Pará. Calcula-se que entre janeiro e setembro do ano de 2011, foram 6 mil e, em 2012, foram 2.318 haitianos que entraram ilegalmente no Brasil. Posterior o fluxo migratório também inseriu os Estados do Sudeste e Sul do Brasil, Paraná, Santa Catarina e Rio Grande do Sul.

Enquanto questão legal, sabe-se que a grande maioria dos haitianos que solicitou refúgio no Brasil, não se enquadra como refugiado nos termos da legislação específica. Entretanto, o Governo Brasileiro, por meio do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), decidiu autorizar a permanência por razões humanitárias aos haitianos que ingressaram por via terrestre até 13 de janeiro de 2012. Neste caso, após o CNIg conceder a residência no Brasil e de posse da publicação dessa decisão no Diário Oficial da União, os haitianos foram recomendados a se dirigir a uma unidade da Polícia Federal para registrarem-se e fazer o pedido de Carteira de Identidade de Estrangeiro.

Após o registro na Polícia Federal, o imigrante estará apto a prorrogar o prazo de sua Carteira de Trabalho e Previdência Social (CTPS), nas agências credenciadas pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE). Ressalta-se também que mesmo estando o imigrante com o protocolo

de pedido de refúgio e aguardando a concessão de sua residência pelo CNIg, o mesmo poderá retirar sua CTPS e trabalhar em qualquer entidade usufruindo da legislação trabalhista do país de acolhimento.

De acordo com dados do Ministério do Trabalho (RELAÇÃO ANUAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS, 2014), é possível apontar que dentre os imigrantes haitianos - categoria - Estrangeiros com vínculo formal de trabalho, segundo principais nacionalidades de um total de 14.579 ingressos no Brasil em 2013, 12.518 eram do sexo masculino e 2.061 feminino. Observamos que ao se fazer a análise considerando a variável sexo, no período de três anos (2011, 2012 e 2013) e levando em conta todas as nacionalidades, se obtém uma média de 72% de homens estrangeiros e 28% de mulheres estrangeiras (MTE/RELAÇÃO ANUAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS, 2014).

Levando em consideração os motivos que fizeram com que os imigrantes haitianos se deslocassem ao Brasil pode-se dizer que no Rio Grande do Sul os espaços de recepção foram as cidades de Rio Grande e Porto Alegre, entretanto, impulsionados pelo seu objetivo maior - o trabalho⁴ - fixaram morada em cidades de outras regiões como: Bento Gonçalves, Caxias do Sul, Erechim, Marau e Passo Fundo.

Na cidade de Erechim, além dos haitianos é possível identificar senegaleses, um pequeno grupo de Gana e, alguns angolanos que se apresentam como opção de mão-de-obra a construção civil esporadicamente. A partir de 2012, o grupo de haitianos que residiam em Erechim totalizava em torno de 50 pessoas, sendo a maioria homens, na faixa etária de 18 a 45 anos, apresentando-se majoritariamente como mão-de-obra para a indústria metal-mecânica e construção civil (SMED, 2013).

Segundo Tedesco (2012), em termos econômicos, os haitianos a modo dos senegaleses também apresentam um comportamento empreendedor, assumindo riscos, comercializando bijuterias e aceitando empregos temporários para formar fundos e realizar projetos de vida (“constituir meu próprio empreendimento no Senegal”, “sustentar família no Senegal”). O fluxo de remessas financeiras e o desenvolvimento de competências dos que passaram por Erechim e Passo Fundo (RS) confirmam essa perspectiva.

Dentre suas inserções na comunidade local e regional já virou rotina vê-los perambulando pelas ruas da cidade. Enquanto inserção social e cidadã há algumas ações já efetivadas no quesito Educação e Saúde com o respaldo de órgãos governamentais. Os mesmos frequentam aulas no turno da noite junto ao Programa de Alfabetização Municipal como uma forma de garantir melhor integração a sociedade nacional e regional.⁵

A possibilidade de alfabetizar-se em língua portuguesa também se estende para outros benefícios, como a acessibilidade e permanência ao direito à Educação. Nesse espaço os haitianos também recebem alimentação no período entre-aulas, vale-transporte e material didático. Essa ação, como apontado é o resultado de um protocolo de intenções assinado pela Faculdade Anglica-

⁴ Entre os anos 2011 e 2013, o total de estrangeiros com vínculo formal de trabalho no Brasil aumentou registrando-se uma variação de 19% em 2012 se comparado a 2011, e de 27% em 2013 quando comparado a 2012. No acumulado de 2011 a 2013, o número de estrangeiros cresceu 50,9% (RELAÇÃO ANUAL DE INFORMAÇÕES SOCIAIS/MTE, 2014).

⁵ Em setembro de 2013 a Secretaria Municipal de Educação do município de Erechim e a Faculdade Anglicana de Erechim disponibilizaram estrutura física e pedagógica a estudantes vindos do Senegal para trabalhar no município na categoria Ceja - com ênfase no processo de alfabetização em língua portuguesa. O grupo iniciou com 13 alunos adultos. Passados 6 meses adentraram ao grupo os primeiros haitianos e posterior os Imigrantes provenientes de Gana.

na de Erechim e o Poder Público Municipal - Secretaria de Educação - o que possibilitou que outras demandas sociais fossem atendidas como o acesso a saúde e o acompanhamento junto ao processo de legalização-documental.

A circulação dos imigrantes nas novas comunidades além-mar, provocam algumas situações novas, interesses e dúvidas em razão de suas presenças, pois instituem redes informais de (entre) ajuda e consolidam uma dinâmica que integra e identifica a migração de senegaleses no Brasil. Vários entrevistados informaram que acabam chamando a atenção de moradores locais pelas suas vestimentas, pela movimentação nas ruas e praças, por comercializarem nas ruas de grande fluxo e área de concentração de comércio formal, bem como pelo estranhamento ao ouvir a língua usada pela maioria - o crioulo⁶ com pouco domínio da língua portuguesa e a concentrações em alguns espaços específicos da cidade para desenvolverem algumas atividades de lazer e passeios. Também é possível constatar que alguns adentraram ao ecletismo religioso tão bem palpado no Brasil: tornaram-se adeptos de Igrejas neopentecostais. Em nossa pesquisa os depoentes declararam que frequentam as seguintes Igrejas: Assembleia de Deus - do ramo do pentecostalismo histórico - e as neopentecostais Igreja Universal do Reino de Deus e Igreja Internacional da Graça de Deus.

Em relação aos aspectos culturais, os haitianos conservam os hábitos religiosos, alimentares e de convivência compatíveis ao grupo. Entre eles, além da cordialidade e espontaneidade, é conservada a hierarquia familiar. Nesse aspecto, é possível sinalizar que os mesmos aderem a integração junto à comunidade regional fora do âmbito pragmático do trabalho. Sentem, sim, o estranhamento mesclado com curiosidade pelos que os cercam e os veem.

No aspecto cultural é possível perceber que, praticamente, se utilizam dos espaços vagos dos dias e ou dos finais de semana - em momentos que não estão trabalhando - para telefonarem para amigos e familiares no Haiti e no Brasil, assistirem televisão e escutarem música. Alguns declaram que já frequentam clubes que oferecem atividades de dança.

Sabe-se que a ausência de contato com a comunidade produz distanciamento, indiferença e ausência de fatores integrativos e de sociabilidade. Beccegato (1995) e Sayad (2008) colocam que não basta simplesmente adquirir algumas informações sobre usos, costumes ou aprender línguas estrangeiras para se fazer intercultural; deve-se adentrar, sim, para as problemáticas cognitivas, afetivas, sociais, desenvolver um pensamento aberto, flexível, inclusivo, que valorize os comportamentos reconhecidos no diálogo e no encontro. As identidades e identificações produzidas no interior das sociedades hospedeiras se (re)constroem pelos autóctones e estrangeiros também a partir de referenciais simbólicos (MEIHY; BELLINO, 2008).

⁶ O crioulo haitiano, também conhecida como *créole*, é uma língua falada por quase toda a população do Haiti (8,5 milhões), havendo ainda cerca de 3,5 milhões de imigrantes que falam o crioulo haitiano em outros países, tais como Canadá, Estados Unidos, França, República Dominicana, Cuba, Bahamas. Apresenta dois dialetos distintos: o *fablas* e o *plateau*. Muitos haitianos falam quatro línguas: crioulo, francês, espanhol e inglês. A outra língua oficial do Haiti é o francês, idioma no qual o crioulo do Haiti se baseia, sendo que 90% do seu vocabulário vêm dessa língua. Outros idiomas também influenciaram o crioulo haitiano, dentre os quais o taino (nativo da ilha), algumas línguas do oeste da África (ioruba, fon, ewé). Desde 1961, por esforços de Félix Morisseau-Leroy e outros, o crioulo haitiano foi reconhecido com língua oficial ao lado do francês, que fora até então único como idioma literário desde a independência dessa nação em 1804. Desde o escritor Morrisseau-Leroy, seu uso literário vem crescendo embora ainda seja pequeno. Desde a década de 1980, ativistas, dentre os quais educadores e escritores, vêm enfatizando o orgulho da literatura crioula, havendo neste século XXI muitos jornais, programas de televisão e de rádio no idioma.

5 HAITIANOS NO NORTE DO RIO GRANDE DO SUL: ALGUMAS QUESTÕES METODOLÓGICAS

Como já sinalizado o devido estudo realizou contato direto com um grupo de 30 estudantes devidamente matriculados na rede municipal de ensino na região norte do Rio Grande do Sul, mais especificamente na cidade de Erechim. Do total de 30 alunos, 15 são haitianos e tiveram contato direto com os proponentes do estudo. Foram realizadas cinco visitas no turno da noite junto às dependências da Faculdade Anglicana de Erechim - parceira da atividade educacional junto com a Secretaria Municipal de Educação de Erechim.

Dentre as atividades foram realizadas entrevistas, troca de ideias e saberes, bem como momentos de diálogos coletivos para discutir os fatores que impulsionaram a saída de seu país de origem, viagem, adaptação e visões iniciais da situação de imigrante. O estudo adotou abordagem qualitativa e o tipo de pesquisa utilizado foi a pesquisa-ação e o universo foi representado por 15 estudantes - nível de alfabetização e uma educadora.

A técnica de coleta foi realizada através de Grupos Focais, tendo como função reunir informações detalhadas sobre o processo de deslocamento, recepção, negações e identidades construídas no país receptor.

Os encontros foram realizados durante cinco (05) dias com duas (02) horas de duração, acompanhados da professora titular. Após obter os dados coletados do roteiro de entrevista, foi realizada a transcrição e compilação dos dados. Já a análise e interpretação dos dados foram organizadas na forma tema x percentual.

Feita a estruturação, os dados obtidos foram comparados entre si a fim de traçar minimamente características comuns entre eles. Dessa análise foi possível concluir: 14 entrevistados são do sexo masculino e uma do sexo feminino; 75% possuía relação civil estável ao deixar o país de origem, sendo que a maioria mantém contato semanal com a família através das redes sociais. O uso da tecnologia foi assinalado por todos os entrevistados e esses apontaram que as redes mais usadas para efetivar a comunicação são o Facebook, WhatsApp, e Viber - todos com acesso livre de encargos.

No tópico que solicitava informações acerca da viagem, 55% afirmou ter passado por países da América Central como Colômbia, Peru e Venezuela e um depoente afirmou ter tentado a vida na Espanha antes de se deslocar ao Brasil. Como meios de transporte apontaram automóvel (pequenos deslocamentos), transporte coletivo (ônibus e trem) e avião. A média de investimentos dispensados desde a saída do Haiti até o Brasil ficou em torno de 10.000,00 a 15.000,00. Esse montante em muitas entrevistas foi sinalizado que se obteve por meio de empréstimos - com familiares ou agiotas.

Outro elemento analisado foi o acesso às tecnologias de comunicação. Em 100% dos entrevistados houve afirmação de uso diário. Utilizam-se primeiramente para entretenimento e obter contato com os familiares. A aquisição de um aparelho de comunicação móvel está dentre os objetos mais cobiçados após o recebimento do primeiro salário.

Também foi analisado o ponto a qual questionava a relação estabelecida nos espaços de trabalho. Dentre as observações mais usadas estão as expressões: aqui trabalho muito, mas tenho salário; os patrões no Brasil não são ruins, mas trocam os funcionários de função com frequência, e as dificuldades de adaptarem-se as normas de segurança de trabalho. Muitos depoimentos afirmam

que os treinamentos dados com vistas a proteção do trabalhador não são bem assimilados pela dificuldade imposta pela língua.

6 HAITIANOS E O MUNDO DO TRABALHO

A origem etimológica da palavra trabalho é o termo latino *tripalium*, que era utilizado para designar o instrumento composto por três pedaços de madeira usado para infligir punição aos cavalos que não obedeciam aos comandos e impediam o ferreiro de desempenhar o seu trabalho com facilidade. Assim, o verbo *tripaliare* tinha seu significado no uso do *tripalium* para punir cavalos desobedientes. Já o vernáculo “labor” deriva do latim e do inglês labor. Além disso, o grego *ponos* e o alemão *Arbeit* significam esforço, dor e podem também ser usados, a exemplo do inglês e do latim supramencionados, para designar as dores do parto. Dessa forma, pode-se afirmar que, quando dos seus primórdios, o trabalho era considerado algo muito penoso e sofrível (MARTINS, 2010).

Atualmente, a definição de trabalho já não atrai tanto a ideia do esforço, do sofrimento, da punição. Tome-se como exemplo a palavra nipônica *hataraku*, que quer dizer dar conforto ao vizinho através do trabalho.

Essa expressão permite afirmar que a concepção de trabalho pode assumir contornos variáveis em função da cultura que a utiliza, o que permite ao indivíduo ou grupo de pessoas, no contexto de uma cultura específica, a construção da noção de que certa atividade laboral é valiosa ou desprezível. Ademais, confere status social desejável, ao passo que outra cultura atribui, à mesma espécie de função, um caráter indesejável, e às pessoas que o desempenham, um status “inferior” de indivíduos.

Essa diversidade cultural, na qual a relação de trabalho está inserida, acentua-se no mundo globalizado. A este respeito, Teubner afirma que a globalização deve ser entendida como sociedade mundial, resultante crescente abrangência da comunicação que ultrapassa barreiras culturais ou geográficas, e não como uma sociedade nacional que gradativa e paulatinamente move-se na direção de integrar-se a uma sociedade mundial estabelecida, mas sim como uma sociedade mundial. De acordo com essa visão da globalização, as organizações internas dos Estados-nações não passam de meras expressões regionalizadas da sociedade mundial (TEUBNER, 2003).

Na opinião de Bauman (1999), também é ressaltado o papel da comunicação na transformação da sociedade contemporânea em uma sociedade globalizada. Afirma o sociólogo que a mobilidade resultado da criação de novos meios de comunicação possibilita que a informação viaje de forma independente do seu portador físico ou do objeto sobre o qual informa, isto é, o desenvolvimento de meios técnicos de comunicação que separam o movimento da informação do movimento de seu portador e objeto, permite que o significado não tenha mais controle total do significante. Assim, a velocidade com que viaja a informação é muito maior do que a dos corpos físicos. E, com o aparecimento da rede mundial de computadores, continua a asseverar o autor, o próprio conceito de distância se altera, pois, a informação está disponível instantaneamente em todos os pontos do planeta (BAUMAN, 1999).

E esse constante movimento de informação também ocasiona a migração da força de trabalho que, através do acesso à informação, está melhor capacitada e, conseqüentemente, busca melhoria nas condições de vida através da migração. Tal movimento de trabalhadores causa certos conflitos.

É nesse contexto, de aldeia global, que os contratos de trabalho servem de pretexto para graves desrespeitos ao direito fundamental ao trabalho digno, vez que as corporações, detentoras de centros privados de exercício de poder, em não poucas ocasiões, violam os mais básicos direitos do trabalhador, desrespeitando a sua dignidade.

Essa migração também pode ocasionar a fragilização dos direitos do indivíduo trabalhador, uma vez que o ingresso de mão de obra qualificada no mercado de trabalho proporciona aos empregadores uma “melhor escolha” dos seus empregados. Essa escolha pode se dar no sentido de privilegiar a contratação dos trabalhadores migrantes, que, em tese, tem menor conhecimento a respeito da legislação atinente às normas laborais e, conseqüentemente, demandarão menor investimento do empregador em termos de garantias e direitos, bem como, na manutenção de um ambiente de trabalho saudável. Esta postura enseja graves violações aos direitos laborais e da personalidade.

As normas constitucionais que tratam do tema de direitos fundamentais - dentre eles o direito fundamental ao trabalho digno - consagram a proibição da submissão das pessoas a situações degradantes e que violem o indivíduo em sua característica inerente e mais marcante, a dignidade humana.

Dentre as várias e mais corriqueiras situações de violação da dignidade humana estão o trabalho degradante e as condições de trabalho inadequadas. Basta uma vista d’olhos aos periódicos e jornais televisivos para perceber a quantidade de situações no Brasil onde os trabalhadores, sejam nacionais ou estrangeiros, padecem violações de sua dignidade.

Necessário mencionar aqui, que a vinculação dos particulares aos direitos fundamentais, chamada de eficácia horizontal dos direitos fundamentais, é elemento indispensável na proteção dos indivíduos contra ações de seus próprios pares. Isso se deve ao fato de que os atores privados são responsáveis por violações à dignidade da pessoa humana, através de atitudes de abuso de direito, exploratórias da mão de obra, e discriminatórias.

Vários e complexos são os elementos que constituem o terreno fértil para o trabalho que viola a dignidade humana, dentre eles tem-se a grande desigualdade social e econômica do mundo contemporâneo. A pobreza é determinante, em especial nas situações de trabalho rural. É esta miséria extrema que favorece - e muitas vezes impõe - a migração da mão de obra e a conseqüente existência de situações de exploração de tais indivíduos.

Ocorre que, por vezes, sob o argumento do poder diretivo do empregador, muitos sócios ou proprietários das corporações extrapolam na direção e nas sanções aos empregados, e isso se deve à grande vulnerabilidade econômica dos empregados, que necessitam permanecer nos empregos, para poder auferir os salários essenciais à manutenção própria e das suas famílias. No caso em exame, tratam-se de trabalhadores haitianos imigrantes no Brasil.

Mas, não se pode olvidar de levar em conta que, antes de ser trabalhador, todo o indivíduo é ser humano, e, por isso mesmo, tem sua dignidade resguardada em qualquer circunstância de sua vida, e mesmo nas relações privadas de emprego e trabalho.

Corroborando este entendimento, colaciona-se lição de Vecchi (2009, p. 55):

Além disso, existe um outro grave problema que tem abalado as relações de trabalho, ou seja: a desconsideração do trabalhador como sujeito integral, como pessoa humana dotada de direitos humanos fundamentais que devem ser entendidos em sua indivisibilidade, direitos de que o trabalhador não abre mão ao se tornar sujei-

to de uma relação de emprego, direitos que não podem ficar “na porta da fábrica” esperando o término da jornada de trabalho. Esse problema também se torna global, ou seja: é enfrentado por trabalhadores nos mais diversos “cantos da Terra”, sendo facilitado pela flexibilização, que enfraquece, cada vez mais a posição dos trabalhadores.

Assim, o posicionamento dos direitos do trabalhador no rol dos direitos fundamentais, impede que a flexibilização, ou mesmo a falta de escrúpulos do empregador, retire tão caras garantias e fortalece a posição do operário diante do empregador. Ressalte-se que os direitos laborais de prestação e os de proteção devem ser assim considerados.

Os princípios informativos do Direito do Trabalho existem justamente para oferecer uma compensação à desigualdade inerente às relações de trabalho, em especial na superação do entendimento de que trata a força de trabalho como mera mercadoria regulada apenas pelo contrato de trabalho, à mercê da vontade do empregador, detentor dos recursos financeiros suficientes para “comprar” a mão de obra.

Não se pode desvincular a força de trabalho da pessoa que a detém, como se houvesse, ainda que remota, possibilidade de separar o trabalhador do indivíduo, desqualificando o operário, enquanto mão de obra, da condição de pessoa, transformando-o em “máquina”.

Quanto maior for desigualdade entre as partes envolvidas em uma relação, de mesma intensidade deve ser a proteção dos direitos fundamentais em perigo, e, inversamente proporcional deverá ser a proteção à autonomia da vontade.

Esclarece-se que quando as partes forem materialmente desiguais, e houverem direitos fundamentais sob ameaça ou efetivamente violados, a proteção a estes deve ser incrementada na proporção da desigualdade. Podendo afirmar que, no tocante às relações de emprego, é de essencial importância a verificação da intensidade da desigualdade material entre ambos, mensurando a vulnerabilidade do empregado face ao tomador de mão de obra. Resta óbvio que a contratação não deve ser encarada como total e irrestrita sujeição do operário e, muito menos, pretexto para diminuição de sua dignidade, devendo os direitos fundamentais, em especial o trabalho digno, ser respeitados pelos envolvidos.

Não só atividade empresária como também os objetivos de obtenção de lucro das corporações não podem ser baseados na exploração antijurídica da mão de obra e mediante violação da dignidade humana dos trabalhadores. A existência de centros particulares de poder não pode ser confundida com liberdade para ações que violem a legalidade, moral, ética e a razoabilidade nas relações de trabalho ou de emprego.

Da mesma forma, o caráter de direito fundamental atribuído ao direito à propriedade privada não pode ter o condão de eximir as empresas de garantir o mínimo necessário à promoção da dignidade e dos direitos personalíssimos dos empregados, sendo a atividade econômica um meio de valorização social da mão de obra e, sob a luz do neoconstitucionalismo, desempenhada com a ótica de colocar a pessoa humana como o centro de todo o ordenamento normativo nacional.

A Constituição Federal de 1988, consagra vários direitos trabalhistas, não apenas em seu artigo 7º, mas também eleva o direito ao trabalho à categoria de direito fundamental no artigo 170:

Artigo 170 - A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...] VIII - busca do pleno emprego; [...] (BRASIL, 2011).

Assim, pode-se afirmar que na ordem jurídica nacional, o trabalho tem proteção e previsão de direito fundamental social, devendo o Estado resguardar o trabalho e os trabalhadores, estando priorizados estes em detrimento dos valores econômicos. Ressalte-se que, não há diferenciação entre o trabalhador natural da República Brasileira ou migrante estrangeiro. Toda a pessoa tem o direito ao trabalho digno no Brasil.

O trabalho deve traduzir um núcleo mínimo de direitos que oportunizem ao trabalhador uma vida digna, sendo que é através do reconhecimento deste mínimo que será justificada a afirmação de que o homem é dignificado pelo trabalho (BRITO FILHO, 2004).

Não se pode deixar de mencionar a importância da vinculação da dignidade da pessoa humana com o princípio de proteção ao trabalho e ao trabalhador. Isso implica a proteção ao ambiente de trabalho, às condições de trabalho, respeito às normas de ordem trabalhista, oportunizando respeito e igualdade entre os operários. Violadas essas mínimas condições, também resta ferido o princípio da dignidade humana, submetido o trabalhador a situações aviltantes.

Nas palavras de Brito Filho (2004, p. 69):

De todas as formas de superexploração do trabalho, com certeza, as duas vertentes do trabalho em condições análogas ao escravo - o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes - são as mais graves; a primeira mais ainda. Propor a sua análise é, com certeza, enveredar por seara onde a dignidade, a igualdade, a liberdade e a legalidade são princípios ignorados, esquecidos. Mais: é tratar do mais alto grau de exploração da miséria e das necessidades do homem.

Dessa forma, garantir a dignidade do trabalho é tão importante quanto a proteção dos demais direitos fundamentais, e, sendo este direito desrespeitado, também se configura verdadeira degradação da pessoa e da dignidade a ela inerente.

A negação de um ambiente de trabalho saudável constitui-se em violação da dignidade humana. Essa negativa de um trabalho digno, decente, pode ser considerada como rebaixamento do ser humano à condição análoga a de um mero objeto, cuja serventia é apenas a satisfação dos interesses do empregador, desconsiderando a condição do empregado como sujeito de direitos.

A inexistência de respeito à vida e à integridade física ou moral do trabalhador, através da ausência de condições mínimas de trabalho, isto é, a ausência de um meio ambiente de trabalho saudável, constituem-se em frontal desrespeito à norma constitucional de direito fundamental social.

Ainda digno de nota, que o Brasil ratificou a Convenção n. 155 da Organização Internacional do Trabalho, ratificação essa promulgada pelo Decreto n. 1.254/94. Tal Convenção dispõe, em seu artigo 4º, parágrafo 1º, que os países signatários deverão formular e colocar em prática uma política nacional de segurança e saúde dos trabalhadores e de proteção ao meio ambiente do trabalho.

Por conseguinte, a redução dos riscos inerentes ao trabalho está prevista como norma constitucional no Artigo 7º, inciso XXII da Constituição Federal de 1988, através da elaboração de normas de segurança, devendo todas as empresas e empregadores providenciar essa redução de riscos, sob pena de serem obrigadas a indenizar as vítimas de acidentes de trabalho.

Destarte, na busca de garantir trabalho digno, os empregadores veem-se obrigados a providenciar e garantir condições ideais para o desempenho do trabalho, preservando a saúde, física e mental, do trabalhador, protegendo assim, a sua dignidade.

Na conceituação de Brito Filho, trabalho digno é aquele conjunto de direitos trabalhistas que compreende a existência de trabalho; liberdade, igualdade e condições justas no desempenho deste trabalho; aqui inclusas justa compensação e preservação da saúde e da segurança no labor. Também são consideradas, pelo doutrinador, a proteção contra riscos sociais e a livre associação sindical, dentre os requisitos para a identificação de uma situação de trabalho digno (BRITO FILHO, 2004).

Finalmente, a negativa de fornecimento de um ambiente de trabalho saudável e seguro, e o desrespeito às normas trabalhistas cogentes, é negação de direito fundamental do trabalhador, sendo injustificável e antijurídica a perseguição de lucratividade otimizada em detrimento da garantia qualidade de vida das pessoas, violando a dignidade da pessoa humana. Aos trabalhadores haitianos que buscam no Brasil, a oportunidade de uma vida melhor, também não podem ser negados estes direitos fundamentais.

6 CONCLUSÃO

O presente trabalho visou discutir elementos da relação existente entre a chegada dos imigrantes haitianos no Sul do Brasil e seu processo de inserção no mercado de trabalho.

Na fuga das condições de vida miseráveis e mais especificamente ao grupo de haitianos - os desastres ambientais, observou-se que as centenas de homens provenientes dos países de economia periférica buscam refúgio nos países de economia central, mas na maior parte das vezes não conseguem livrar-se do estigma da miséria. Trata-se de uma nova era de colonização, mas, dessa feita, uma colonização feita pelo (e em benefício do) capital.

A revolução tecnológica acarretou consequências no mercado de trabalho, o que gerou reflexos nas massas migratórias de trabalhadores, que partiram em busca de colocação profissional. A mesma revolução tecnológica facilita o trânsito de informações e de pessoas no mundo, o que também influi nas migrações em geral.

O contato com o grupo de haitianos permitiu concluir que quando o imigrante é identificado apenas por suas características étnicas e pelo nicho do mercado de trabalho em que consegue se inserir, o que ocorre com certa constância, existe uma identificação negativa, uma identificação que faz com que lhe seja negado o reconhecimento como ser humano completo. Sua identificação como trabalhador imigrante diante da sociedade acaba servindo de empecilho para que possa conseguir melhor colocação de trabalho, ainda que se trate de trabalhador qualificado, frustrando suas esperanças de, ao atravessar fronteiras, obter acesso a um mundo melhor.

Verificou-se, nas entrevistas, que algumas condições básicas de trabalho são desrespeitadas em virtude da condição de imigrantes dos trabalhadores haitianos como: dificuldade linguística, adjetivações histórico-culturais e dificuldade em adaptar-se as múltiplas tarefas exigidas pelo empregador.

Essa diferenciação entre trabalhadores nacionais e estrangeiros, atrelada a uma postura não faz uso de um limite moral na relação laboral entre empregados e empregadores levam os empregadores acreditarem poder beneficiar-se da condição de imigrante. Em sua maioria, os imigrantes inicialmente são desconhecedores da legislação protetiva laboral levando-os a uma ver-

dadeira diminuição do status de sujeito de direitos, flagrante violação de sua dignidade, que não pode ser tolerada pela sociedade e instâncias governamentais de fiscalização laboral, sob pena de transformar-se em convivência com as violações e descumprimento das obrigações constitucionais de proteção e garantia do trabalho digno, incumbentes ao Estado.

IDENTITY, IMMIGRATION AND WORK: THE SOCIAL WORKER'S RIGHTS UNDER THE HAITIAN PERSPECTIVE OF FUNDAMENTAL RIGHTS

ABSTRACT

This paper deals with the integration of Haitian immigrants along the Brazilian society - specifically the northern region of Rio Grande do Sul (Brazil) - in view of their relationships with the material dimensions and concepts of labor guidelines. In this sense, we intend to demonstrate the factors that boosted the displacement of these immigrants and the process of adaptation in southern Brazil, as well as the extent to which immigration policies threaten the guarantee of human rights of individuals from countries with dependence on historical and intransigence on Civil and Social Fundamental Rights in their country of origin. This condition supports the analysis of the integration policies and denial of Human Rights. Over the last twenty years, Brazil has adopted a number of new policies for the management of trans boundary movements and immigrants in Brazil, these policies that respond not only to the activism of migrants and their allies, but also to the Brazilian foreign policy strategy. As methodological procedure, this work utilizes the literature, alongside with of the description and interpretation of the reality of the subjects in understanding the theme discussed having used the technique of focal group. To represent the data from a closer perspective of the subject, were used some fragments of interviews and discourse analysis.
Keywords: Human Rights. Haitian Immigrants. Integration. Work.

REFERÊNCIAS

AGÊNCIA OFICIAL DO CLIMA. Porto Príncipe: Imprensa Oficial, 2015.

ALTO COMISSARIADO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA OS REFUGIADOS. Instituto de Migrações e Direitos Humanos. Comissão de Direitos Humanos e Minorias. Políticas públicas para as migrações Internacionais. Migrantes e refugiados. 2. ed. rev. e atual. Brasília: ACNUR; IMDH; CDHM, 2007.

BAEZ, Narciso Leandro Xavier; LEAL, Rogério Gesta; MEZZARROBA, Orides (Coord.). *Dimensões Materiais e eficácias dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Conceito Editorial, 2010.

BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: As consequências humanas*. Tradução Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1999.

BECCEGATO, Luisa Santelli. (a cura di). *Interculturalità e scienze dell'educazione*. Bari: Adriatica, 1995.

BRASIL. Congresso Nacional. Comissão Parlamentar Mista de Inquérito da Emigração. *Relatório final da Comissão Parlamentar Mista de Inquérito*. Brasília, 2006. Disponível em: <http://www.diasmarques.adv.br/artigos/Relatorio_CPI_Emigracao_Illegal.pdf>. Acesso em: 22 set. 2013.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 2011.

BRASIL. Decreto n. 6.893/2009. Regulamenta a lei n. 11.961, de 02 de julho de 2009, que dispõe sobre a residência provisória para o estrangeiro em situação irregular no território nacional, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 03 jul. 2009.

BRASIL. *Estatísticas ingresso*. Passo Fundo: Polícia Federal, 2015.

BRASIL. Ministério do Trabalho e Emprego. *Estatísticas*. Coordenação Geral de Imigração. [S. l.]: [S. n.], 2011.

BRASIL. *Pastoral do Imigrante*. Brasília: [S. n.], 2015.

BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro. *Trabalho Decente: análise jurídica da exploração, trabalho forçado e outras formas de trabalho indigno*. São Paulo: LTR, 2004.

COMISSÃO MUNDIAL SOBRE AS MIGRAÇÕES INTERNACIONAIS. As migrações num mundo interligado: novas linhas de ação. *Relatório da Comissão Mundial Sobre as Migrações Internacionais*. Tradução Fundação Calouste Gulbenkian, out. 2005.

FREYRE, Gilberto. *Interpretação do Brasil*. Aspectos da Formação Social Brasileira como Processo de Amalgamento de Raças e Culturas. Rio de Janeiro: José Olympio, 1947.

GALEANO, Eduardo. La Maldición Blanca. *Jornal Buenos Aires*, Buenos Aires, 04 abr. 2004.

GILROY, Paul. *O Atlântico negro*. Modernidade e dupla consciência. São Paulo: Editora 34, 2001.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. *Indicadores conjunturais em 2015*. 2015. Disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/pesquisas/indicadores.php>>. Acesso em: 02 maio 2015.

JAMES, Cyril Lionel Robert. *Os jacobinos negros*. Toussaint L'Ouverture e a revolução de São Domingos. São Paulo: Boitempo, 2000.

MAESTRI, Mário. *História do Rio Grande do Sul: a ocupação do território*. Passo Fundo: Núcleo de estudos Histórico-Linguísticos, 2001.

MARTINS, Sérgio Pinto. *Direito do Trabalho*. 26. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

MEIHY, José Carlos Sebe; BELLINO, Ricardo. *O estado dos imigrantes: o 28º estado brasileiro - um mercado de US\$ 50 bilhões*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2008.

REIS, Rossana Rocha. *Políticas de imigração nos Estados Unidos e na França*. São Paulo: Hucitec, 2007.

REIS, Rossana Rocha. Soberania, direitos humanos e migrações internacionais. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 5, p. 149-164, jun. 2004.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Entre Próspero e Caliban: colonialismo, pós-colonialismo e inter-identidade. In: *Novos Estudos Cebrap*. [S. l.]: [S. n.], 2003.

SAYAD, Abdelmalek. Estado, nación e inmigración. In: *Apuntes de investigación*. [S. l.]: [S. n.], 2008.

SECRETARIA MUNICIPAL DE ERECHIM. *Documentação Pedagógica*. SMED: Coordenação Pedagógica, NEJA. Erechim: [S. n.], 2013.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME. *Human Development Report*. 2010. Disponível em: <<http://hdr.undp.org>>. Acesso em: 18 jul. 2013.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA A EDUCAÇÃO, A CIÊNCIA E A CULTURA. Disponível em: <<http://www.unesco.org/new/en/unesco/resources/publications/unesdoc-database/>>. Acesso em: 21 dez. 2014.

SALES, Teresa. *Brasileiros longe de casa*. São Paulo: Cortez, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. As dimensões da dignidade da pessoa humana: construindo uma compreensão jurídico-constitucional necessária e possível. Tradução Ingo Wolfgang Sarlet; Luís Marcos Sander; Pedro Scherer de Mello Aleixo; Rita Dostal Zanini. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). *Dimensões da dignidade: ensaios de filosofia do direito e direito constitucional*. 2. ed. rev. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SPRANDEL, Marcia Anita. Breve análise da relação entre o Estado brasileiro e seus emigrantes. In: FERREIRA, A. P. et al. (Org.). *A experiência migrante*. Entre deslocamentos e reconstruções. Rio de Janeiro: Garamond, 2010.

TEDESCO, João Carlos; GRYBOWSKI, Denise. Dinâmica migratória dos senegaleses no norte do Rio Grande do Sul. *Rev. bras. estud. popul.*, São Paulo, v. 30, n. 1, jan./jun. 2012.

TEUBNER, Günther. A Bukowina Global sobre a Emergência de um Pluralismo Jurídico Transnacional. Impulso. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*, Piracicaba: UNIMEP, v. 14, n. 33, p. 1-191, jan./abr. 2003.

VALENCIO, Norma; SIENA, Mariana; MARCHEZINI, Victor; COSTA, Juliano. *Sociologia dos desastres - construção, interfaces e perspectivas no Brasil*. São Carlos: RiMa, 2009.

VECCHI, Ipojucan Demétrius. *Contrato de trabalho & a eficácia dos direitos humanos fundamentais de primeira dimensão: possibilidade de concretização*. Curitiba: Juruá, 2009.

AS SÚMULAS E O DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL AO TRABALHO

Andre Rodrigues*
Rogério Gesta Leal**

RESUMO

Este trabalho analisou a questão das súmulas enquanto delimitador dos direitos fundamentais sociais e, por meio delas, como o ativismo judicial tem se manifestado na Justiça do Trabalho. Para tanto, foi demonstrado porque o trabalho é reconhecido como direito fundamental social e quais as implicações disso. Em seguida, se abordou a problemática das súmulas e o elemento hermenêutico, momento em que se demonstrou como a doutrina trata as súmulas e as razões para submetê-las ao processo de interpretação. No penúltimo item, o trabalho tratou sobre a judicialização e o ativismo judicial, apontando diferenças entre tais terminologias, assim como os riscos e as vantagens do ativismo judicial. Por fim, foi demonstrado que, ao menos em dois casos, as súmulas do Tribunal Superior do Trabalho delimitaram direitos fundamentais sociais do trabalhador, importando em ativismo judicial, notadamente no caso das Súmulas n. 331 e 443. Para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo. O tema é atual e oportuniza um debate ainda inacabado, qual seja, o tensionamento entre os poderes do Estado, suas atribuições/competências e as implicações que a interferência nas atribuições/competências de um poder no outro podem causar.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais Sociais. Súmulas. Ativismo Judicial

1 INTRODUÇÃO

Atualmente, tem se destacado no cenário nacional o debate sobre o ativismo judicial, especialmente porque possibilita um certo tensionamento entre os poderes do Estado, especialmente quanto às suas atribuições e quanto a interferência de um poder no outro.

A Constituição Federal, por sua vez, elencou vários direitos fundamentais sociais que, em certa medida, impõe prestações sociais, sendo que o Poder Judiciário é impactado com a crescente demanda pela concretização de tais direitos, assumindo, em alguns casos, uma conduta mais ativa.

O presente trabalho busca analisar as súmulas enquanto delimitador dos direitos fundamentais sociais e, por meio delas, como o ativismo judicial tem se manifestado na Justiça do Trabalho.

* Mestrando do PPGU de Chapecó; Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho do IPEJUR; Especialista em Direito Público - IMED; Professor Titular da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões de Frederico Westphalen; Advogado; Avenida Assis Brasil, 709, Bairro Itapagé, 98400-000, Frederico Westphalen, Rio Grande do Sul, Brasil; andrerodrigues@tcheturbo.com.br

** Doutor em Direito; Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul e da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Professor Visitante da Università Tùlio Ascarelli - Roma Trè, Universidad de La Coruña - Espanha, e Universidad de Buenos Aires; Professor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura; Membro da Rede de Direitos Fundamentais (REDIR), do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), Brasília; Coordenador Científico do Núcleo de Pesquisa Judiciária da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento da Magistratura, Brasília; Membro do Conselho Científico do Observatório da Justiça Brasileira; Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul; gestaleal@gmail.com

Para tanto, iniciará desenvolvendo a temática relativa ao reconhecimento do trabalho enquanto direito fundamental social, ocasião em que se buscará tratar sobre as razões que importam nesta assertiva.

Em seguida, se pretende tratar sobre a problemática das súmulas e o elemento hermenêutico, momento em que se buscará, com base na doutrina, denotar se as súmulas são textos ou normas e quais as implicações que decorrem deste debate.

No penúltimo item, o trabalho trata sobre a judicialização e o ativismo judicial, ou seja, sobre as distinções entre os aludidos termos, bem como as causas, vantagens e desvantagens.

Por fim, o trabalho trata sobre as súmulas como delimitadores dos direitos fundamentais sociais, enquanto ativismo judicial, momento em que serão analisados, a título de exemplo, dois casos em que, com base no desenvolvimento doutrinário pretérito, se pode questionar tal manifestação.

Para o desenvolvimento deste trabalho, foi utilizado o método dedutivo.

2 O TRABALHO ENQUANTO DIREITO FUNDAMENTAL

Segundo Delgado (2006, p. 26), o trabalho, como elemento que concretiza a identidade social do homem, possibilitando-lhe autoconhecimento e plena socialização, é da essência humana.

Por tal razão, ele se insere no mundo do ser, embora, por vezes, seu surgimento se dê de modo deturpado, como ocorreu na exploração havida durante a Revolução Industrial, onde são vários os relatos de super-exploração no trabalho.

O Direito do Trabalho se revela a partir da consciência da importância do trabalho prestado em condições de dignidade e respeito, o que importa afirmar que o Direito do Trabalho permite a existência formalizada do trabalho em condições de dignidade (DELGADO, 2006, p. 26).

O trabalho é considerado um direito fundamental do homem, existente mesmo antes da regulamentação jurídica (DELGADO, 2006, p. 26). O Direito ao trabalho regulado viabiliza a promoção da dignidade, o que não significa que o Direito do Trabalho sempre será respeitado na prática, o que se depreende dos vários exemplos de descaso e desrespeito na sociedade atual, como ocorre com o trabalho escravo.

Por esta razão, toda atividade de trabalho humano pode ser potencialmente capaz de dignificá-lo, com exceção de situações como, por exemplo, do trabalho escravo.

O trabalho é reconhecido como um direito, ou seja, como uma vantagem protegida juridicamente. Para o ser humano viver, precisa prover a sua subsistência, por isso, a sua dependência pelo trabalho.

Por consectário, o enquadramento do trabalho como um direito necessariamente exclui a viabilidade jurídica de prestação de trabalho escravo, por exemplo, ensejando ilegalidade. Não é esta a modalidade (ilegal) de trabalho que a ordem jurídica se refere, quando estipula o direito ao trabalho.

É de se destacar a necessidade da construção dogmática, enquanto um dever e um direito fundamental, se não bastasse a importância do trabalho para a construção e afirmação do homem.

Neste ponto, o trabalho, enquanto essência humana, no sentido de valorização pessoal e de integração social, é um dever e um direito, na relação do indivíduo com a sociedade e o Estado, e por isso deve ser respeitado, e, assim sendo, ocorre a ética do Direito do Trabalho e sua existência só terá sentido na medida que isso for respeitado (DELGADO, 2006, p. 70).

Outro aspecto a pontuar diz respeito aos efeitos do direito fundamental ao trabalho digno para o Estado. Além de ser um meio de proteção do trabalhador, o trabalho digno norteia o fomento, a criação e o desenvolvimento estatal (DELGADO, 2006, p. 71).

É preciso não confundir direito fundamental ao trabalho digno com direito de trabalhar ou de escolher um trabalho, visto que isso pertence à esfera da liberdade, da faculdade individual de cada ser humano (DELGADO, 2006, p. 71).

No plano internacional, é possível afirmar que o direito fundamental ao trabalho alcançou destaque maior com sua constitucionalização, especialmente a partir da segunda década do século XX, sobretudo pelas Constituições do México (1917) e da Alemanha (1919), sendo que a consolidação ocorreu após a Segunda Guerra Mundial, com as Constituições francesa, italiana e alemã (DELGADO, 2006, p. 72-73).

No Plano nacional, especialmente na seara constitucional, o destaque ao trabalho se dá especialmente em vista aos diversos valores e princípios insculpidos na Constituição Federal, especialmente, a de 1988. Exemplificativamente, temos como princípios fundamentais a dignidade humana, os valores sociais do trabalho; como objetivos fundamentais, a construção de uma sociedade justa, livre e solidária e a redução das desigualdades regionais; como princípios da atividade econômica, a busca pelo pleno emprego, a ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e a busca por existência digna de todos.

Finalmente, não é demais asseverar que o Direito do Trabalho foi elevado à categoria de direito fundamental social, o que se observa da sua fundamentalidade formal e material.

Neste ponto, a Constituição Federal do Brasil de 1988 estabeleceu uma lista significativa de direitos fundamentais sociais, e isso não só se demonstra pela previsão expressa no seu texto, como também por admitir o caráter de fundamentalidade a outros direitos, de modo implícito, o que permite concluir que, em matéria de direitos fundamentais, temos um sistema aberto, flexível e receptivo a novos conteúdos e desenvolvimentos (SARLET, 2012a, p. 72), consagrado pelo art. 5º, § 2º, da Constituição Federal.

Comparando com Constituições anteriores, a brasileira de 1988 apresentou salientes inovações em matéria de direitos fundamentais, visto que, além de outorgar um status jurídico aos referidos direitos, denotado pela posição de destaque (logo após o preâmbulo e dos princípios constitucionais), elevou uma maior proteção, através da inclusão destes direitos no rol das cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da Constituição Federal), além de definir que os direitos e garantias fundamentais são de aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal), o que leva Sarlet a concluir, num primeiro momento, não se tratarem de direitos meramente programáticos (SARLET, 2012a, p. 65-66).

Há uma ligação entre os direitos fundamentais e o Estado Social, sendo que a nossa Constituição, embora não tenha qualificado o Estado expressamente como um Estado Social e Democrático de Direito, abarcou o princípio fundamental do Estado Social, o que se conclui não só dos princípios esculpidos no Título I, da nossa Constituição, como também da quantidade considerável de direitos fundamentais sociais que expressamente listou (SARLET, 2012a, p. 62).

Neste aspecto, a Constituição Federal de 1988 tratou, no Capítulo II, do Título II (Direito e Garantias Individuais), “Dos direitos sociais”. No artigo 6º, é encontrada a definição do que são direitos sociais: “Artigo 6º. São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho,

a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência social aos desamparados, na forma desta Constituição.”

Em vista da opção do constituinte brasileiro, encontramos direitos sociais nos artigos. 6º a 11, como também no Título VIII, de que trata a “Ordem Social”, prevista no art. 193 e seguintes da nossa Constituição, se não bastasse abertura prevista no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, possibilitando sejam abarcados outros direitos, ainda que não expressos no texto constitucional.¹

Silva (2004, p. 287) classifica os direitos sociais em seis classes: direitos sociais relativos ao trabalhador; direitos sociais relativos à seguridade (saúde, assistência social e previdência social); direitos sociais relativos à educação e à cultura; direitos sociais relativos à moradia; direito sociais relativos à família, à criança, ao adolescente e ao idoso; direitos sociais relativos ao meio ambiente.

Sarlet (2012a, p. 67) refere que os direitos das duas primeiras dimensões (antes estudadas e, portanto, de liberdade e igualdade) são, sem dúvida, devidamente reconhecidos como fundamentais, ao passo que os direitos de terceira e quarta dimensão exigem maior atenção, embora também possam, em vista a cláusula aberta (antes citada), serem reconhecidos e efetivados, como, aliás, ocorre quanto ao meio ambiente.

De um modo geral, se percebe um reconhecimento doutrinário de que os direitos sociais são direitos fundamentais, em vista a característica da fundamentalidade em sentido formal e material.

A fundamentalidade formal, na doutrina de Sarlet (2012a, p. 74-75), está ligada ao direito constitucional positivo e decorre dos seguintes aspectos no plano brasileiro:

- a) os direitos fundamentais, contidos na Constituição, estão no ápice de todo o ordenamento jurídico, de natureza supralegal;
- b) são direito péticos, sujeitos a limites formais (procedimento agravado) e materiais (cláusulas pétreas) de reforma constitucional;
- c) são diretamente aplicáveis e vinculam de forma imediata as entidades públicas e privadas (art. 5º, § 1º, da Constituição Federal).

Já, sobre a ótica da fundamentalidade material, os direitos fundamentais são elementos constitutivos da Constituição material, contendo decisões fundamentais sobre a estrutura básica do Estado e da sociedade (SARLET, 2012a, p. 75).

Neste sentido, a conceituação meramente formal é criticada, pois não revelaria o conteúdo (matéria propriamente dita) dos direitos fundamentais, além de que, na Constituição brasileira, é admitida a existência de outros direitos fundamentais não expressos no catálogo do Título II.²

A título de definição de direito fundamentais, e integrando os dois sentidos, Sarlet (2012a, p. 77) destaca:

¹ *In verbis*: “§ 2º. Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

² Neste sentido, Sarlet (2012a, p. 75) também aponta como inconsistente quem embasa a fundamentalidade exclusivamente no critério da titularidade universal, pois excluiria direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera da disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lher ser equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).

No caso da fundamentalidade formal, é notório que o constituinte de 1988 reconheceu os direitos sociais como direitos fundamentais, pois dispôs sobre os mesmos no Título II da Constituição federal (Capítulo II), que regula os direitos e garantias fundamentais. Os direitos sociais também são reconhecidos como cláusulas pétreas e possuem aplicação imediata, nos termos do art. 60, § 4º, inciso IV, e art. 5º, § 1º, ambos da Constituição Federal.

No caso da fundamentalidade material, ao incluir os direitos sociais na categoria de direitos fundamentais, o legislador-constituinte expressamente reconheceu esta modalidade, fruto, notoriamente, de amplo e intenso debate na Assembleia Constituinte. Nesta linha, as opções do legislador-constituinte, representantes democraticamente eleitos, atribuíram, pela relevância de tais bens jurídicos, o caráter de fundamentalidade (SARLET, 2012b, p. 478).

Se isso não bastasse, ao estabelecer princípios fundamentais (artigos 1º a 4º da), consagrar um catálogo de direitos sociais (arts. 6º a 11) e fixar princípios orientadores da ordem econômica e social (artigos 170 a 193), o legislador elevou o Estado brasileiro na condição de um Estado social e democrático de Direito, o que foi inaugurado desde a Constituição de 1934 (BONAVIDES, 2011, p. 380), de sorte que merece ser reconhecida a fundamentalidade material dos direitos sociais.

Neste ponto, e manifestando concordância com Sarlet (2012b, p. 478-479), no âmbito do sistema constitucional positivo brasileiro, todos os direitos, tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados, estejam previstos no Título II do texto Constitucional (Dos Direitos e Garantias Fundamentais) ou mesmo em outras partes da Constituição, são direitos fundamentais, o que incluiriam, por evidente, os direitos sociais, orientação, aliás, adotada pelo Excelso Supremo Tribunal Federal, em matéria de direitos sociais, o que é digno de nota, pois, caso diferente fosse a posição do Tribunal, haveria uma esvaziamento do Texto Constitucional, a despeito de expressa previsão de direitos sociais como direitos fundamentais.

A título de conclusão, se percebe que o Direito do Trabalho é um direito social e, enquanto tal, tem caráter de fundamentalidade formal e material, o que decorre não só da opção do constituinte brasileiro, como também da análise do seu conteúdo, sendo direitos que tendem a atingir objetivos de um Estado Social.

3 AS SÚMULAS E O ELEMENTO HERMENÊUTICO

Súmulas e precedentes normativos não se confundem por várias razões.

Uma delas, apontada por Streck (2013, p. 52) é a distinção entre texto e norma: norma, nos casos judiciais, não é algo abstrato e anterior à decisão judicial, mas o resultado da interpretação judicial, consubstanciada, em regra, em dispositivo da sentença.

Ocorre que o dispositivo da sentença, ao ser utilizado em casos futuros, não configura mais a norma em si, o texto do dispositivo que consubstanciou a norma do caso concreto em que foi proferida essa sentença interpretativa passa a consistir em enunciado normativo a solucionar casos futuros, dando origem a novas normas à medida que surgirem novas sentenças resolventes de novos casos jurídicos.

Em vista disso, Streck (2013, p. 54) entende ser equivocado o pensamento segundo o qual a função do jurista ainda é a de descobrir um sentido que está velado na vontade da lei, passando, por isso, os Tribunais superiores, ao emitir súmulas, a agir como único intérprete autêntico do ordenamento jurídico. Por isso, pontua que a súmula não traz a norma com ela, sendo que, ao se constituir em uma prescrição literal, passa a poder ser interpretada e dar origem a novas normas (o texto nada é sem o sentido que será a norma a ele atribuída).

Outra distinção é quanto à forma como os dois institutos ingressaram em cada sistema jurídico, sendo na common Law, a força do precedente reside na tradição, ao passo que na civil Law, a súmula é feita por intermédio de lei, especialmente a súmula vinculante.

Neste ponto, Streck (2013, p. 62-63) salienta que a súmula vinculante brasileira, ao contrário dos precedentes norte-americanos, vale pelo seu enunciado genérico, e não pelos fundamentos que embasaram determinada decisão de algum tribunal. A dizer: enquanto a súmula vinculante, por exemplo, desvincula-se do caso que a originou, impondo-se como um texto normativo de vinculação geral e abstrata para casos futuros tal qual a lei, passando a ter validade após a sua publicação na imprensa oficial, o precedente constitui-se como critério normativo a ser seguido em novos casos nos quais existe idêntica questão de direito (são os precedentes as principais decisões de determinado ordenamento jurídico que servem de modelo para decisões posteriores).

Assim, a súmula vinculante prescreve um enunciado literal tal como a lei que estabelece uma solução para casos fixos e determinados, ao passo que os precedentes possuem uma maleabilidade normativa, característica da individualidade e especificidade de cada caso concreto. O deslinde de um caso no regime de precedente é diverso da súmula vinculante, pois nesta se dá da mesma forma que ocorreria perante a lei (STRECK, 2013, p. 66).

Ademais, o precedente deve ser identificado com o caso decidido para se concluir qual a regra jurídica que foi formulada na Suprema Corte, devendo, por isso, toda a fundamentação utilizada na formulação do precedente ser considerada na aplicação do precedente.

É possível trabalhar, em matéria de súmulas, sem o elemento hermenêutico?

Streck (2013, p. 49), salienta que não se deve conceder a existência de atividade jurídica sem interpretação, visto que não há um descobrir a norma, a partir de um significado já contido dentro do seu texto, mas um produzir/atribuir sentido à norma diante da problematização.

Neste sentido, a norma seria sempre o resultado da interpretação do texto, no sentido do que o texto venha a assumir no processo compreensivo.

Questionado o que seria um precedente ou uma súmula, Streck (2013, p. 51) salienta que eles são textos e, por isso, é necessário que a eles atribuamos normas. Por isso, critica a visão tradicional sobre a súmula vinculante, porque ignora que o direito deve ser concretizado em cada caso concreto, e não apenas através de uma subsunção de fatos e previsões normativas, motivo pelo qual é ilusório que a súmula resolva diversos casos idênticos, mediante um simples silogismo, de tratar de maneira igualitária os jurisdicionados, ignorando que o caso concreto, com as suas peculiaridades e com a individualizada perspectivação histórico-social que impõe, exige uma autô-

noma ponderação também concreta que os critérios normativos invocados só podem fundamentar pela mediação de um específico enriquecimento normativo.

Em vista disso, advoga a necessidade de não se confundir norma com texto legal, visto que a norma surge somente diante da problematização do caso concreto, seja real, seja fictício, sendo equivocado o positivismo legalista que entende que a norma já está acabada e presente no texto da lei ou em um enunciado da súmula. Lei e súmulas são ante casum com o objetivo de solucionarem casos pro futuro, ao passo que a norma precisa ser produzida em cada processo individual da decisão jurídica (STRECK, 2013, p. 52).

Para Streck (2013, p. 101-102) não há manifestação jurídica que não seja, desde sempre, interpretativa, motivo pelo qual se faz necessário que a súmula passe por esse elemento de confronto interpretativo.

A afirmação de que a súmula é também (e fundamentalmente) um texto, impõe que seja a mesma encarada como um texto do tipo normativo, apto a produzir tantas normas distintas quantos forem os casos abrangidos por ela, por isso a necessidade de sujeição ao elemento hermenêutico.

Então, a súmula deve ser interpretada e, portanto, passar por um processo, apontado por Leal (2012, p. 24), de reconstrução do significado que o seu autor foi capaz de incorporar.

E como se faz isso na prática? Leal (2012, p. 25) trata esta questão a partir de quatro seguintes momentos (metodológicos) hermenêuticos:

- a) o recognitivo, em que se busca o sentido originário/imane da norma, e não a projeção subjetiva do intérprete (cânone da autonomia hermenêutica);
- b) o normativo, cujo objeto é obter o sentido da norma no direito vigente (cânone da totalidade e conexão significativa intrínseca), de forma integrada e coerente com o todo em que está constituído;
- c) o restaurativo (cânone da atualidade da compreensão), no qual deve o intérprete buscar retroativamente, em seu interior, o processo criador da norma, traduzindo à realidade o pensamento do passado;
- d) reprodutivo (cânone da congenialidade hermenêutica - ou correspondência hermenêutica de sentido), no qual se busca o sentido da norma no caso concreto, a partir dos indicadores que o intérprete extrai das possibilidades vivenciais do seu contexto em face dos demais cânones.

Salienta Leal (2012, p. 34) que a interpretação de um texto não pode se afigurar como mera pré-compreensão subjetiva do intérprete, sem considerar o texto e o contexto a ser interpretado (toda a sua história passada, presente e futura), sob pena desta - que visaria ao desvendamento do outro indivíduo constituidor do texto e seu universo - se desvirtuar em um monólogo do intérprete com sua própria pré-compreensão.

Neste ponto, este processo interpretativo importa reconhecer as razões localizadas no tempo, no espaço e na cultura historicamente determinados, devendo ser desvendados nestes ambientes.

Por isso, no âmbito específico dos casos judiciais, pelo fato de eles se apresentarem com um grau de complexidade ampliado pela fenomenologia do mundo da vida em que acontecem, Leal (2012, p. 49) ressalta que é ingênua a pretensão de apreendê-los de forma exaustiva e perfeita a partir dos moldes fixados na norma jurídica (tão somente), isso porque a relação entre norma e fato é sempre tensa e conflituosa, não meramente subsuntiva, como tem sido operado pela maior parte da jurisdição brasileira ao longo dos tempos.

Nesta linha, Leal (2012, p. 49) destaca:

[...] universo de contingências e necessidades que marcam o fluxo das relações sociais ratifica a importância das advertências de Gadamer, notadamente quanto aos cuidados em se interpretar as normas que regem o agir humano. Em face disso, a objetividade do processo de conhecimento/compreensão (*Sachlichkeit*) sugerida pelo autor alemão, funda-se no fato de que aquilo que se revela não constitui uma simples projeção da subjetividade, mas diz respeito a algo que atua sobre a compreensão quando se apresenta (a tradição). Significa dizer que a experiência - nesse caso, a da interpretação e aplicação do direito - não se restringe a uma atividade do sujeito, mas se apresenta como uma atuação da própria situação (tradição e mundo da vida) sobre este sujeito, envolvendo-o sem muitas possibilidades de controle absoluto dos seus resultados.

Neste rumo, Leal (2012, p. 60) destaca as contribuições trazidas por Alexy, especialmente no que pertine às formas de qualificação e fundamentação da decisão judicial, no âmbito do que se pode chamar de Teoria do Discurso e da Argumentação Jurídica. Isto porque, na teoria da argumentação jurídica, o autor alemão defende que a lógica formal e tradicional de interpretação e aplicação do direito não atende muitas vezes a situações em que:

- a) a imprecisão da linguagem do Direito dificulta a interpretação/aplicação;
- b) há conflitos entre normas;
- c) inexistem normas jurídicas que se amoldem a casos de alta complexidade temática;
- d) casos especiais demandem decisões que contrariem textualmente estatutos normativos.

Se isso não bastasse, a decisão judicial é veiculada pelas escolhas/preferências do decisor - conscientes ou inconscientes -, o que reclama, ao menos para a Teoria da Argumentação Jurídica, aferições condizentes às razões de justificação e fundamentação qualitativa destas escolhas e preferências, bem como daquelas alternativas que não foram eleitas, o que implica juízos de valor (LEAL, 2012, p. 61).

Não é por outra razão que é reclamada uma metodologia nas decisões judiciais, visando afastar a arbitrariedade e, sobretudo, salientar as questões do caso concreto. Nas palavras de Leal (2012, p. 96):

No Brasil do século XXI, em que o jurista, no seu agir hermenêutico-decisional, não pode fazê-lo arbitrariamente, devendo justificar a solução alcançada, inclusive por exigência constitucional, a problemática que exsurge de forma intensa é a que diz respeito ao peso e ao valor dos argumentos hermenêuticos do ato da interpretação/aplicação do direito (única forma de se afastar a arbitrariedade referida), visando a não gerar mais dúvidas do que certezas ao sistema positivo, haja vista a

inexistência de um catálogo de regras e critérios hermenêuticos fixos, tampouco uma graduação deles, devendo tais questões serem resolvidas no caso concreto, com o auxílio de algumas metodologias que foram se desenvolvendo ao longo do tempo e que ainda estão presentes no âmago das atividades do Estado Juiz.

Daí porque apresenta o conceito de discurso racional prático, a saber, procedimento para provar e fundamentar enunciados normativos e valorativos por meio de argumentos, que irão solver (ou não) demandas e conflitos sociais. Isso implica em não admitir decisões judiciais cegas para o mundo dos valores e dos fins, alheias ainda à problemática filosófica. Por tais razões, toda a dicção jurisdicional será concebida como uma ação valorativa, e não puramente lógica, dedutiva, haja vista que está dirigida a algo, em razão de alguém e vinculada às estruturas inerentes ao universo envolvido por ela (LEAL, 2012, p. 120).

Tais ideias somente reforçam a necessidade de que a súmula, enquanto texto, está sujeito ao elemento hermenêutico, à interpretação e todas as questões que a envolvem.

Cabe, por outro lado, indagar: é possível que o Poder Judiciário decida questões jurídicas com fundamento em institutos originários exclusivamente do Judiciário (como é o caso das súmulas), com base, portanto, nos seus próprios atos? É legítimo deslocar a solução de questões democráticas/parlamentares para a esfera do Judiciário?

Essas questões importam a discussão sobre o ativismo judicial, tema do tópico seguinte.

4 JUDICIALIZAÇÃO E ATIVISMO JUDICIAL

O Poder Judiciário, ultimamente, tem desempenhado um papel ativo na vida institucional brasileira, o que se assevera de suas decisões judiciais. Esse fenômeno não é exclusivamente brasileiro, visto que outros países também têm demonstrado certo protagonismo de decisões envolvendo questões de largo alcance político, implementação de políticas públicas ou escolhas morais em temas não pacíficos na sociedade.

Neste ponto, Barroso (2014, p. 6) leciona que o ativismo judicial e a judicialização são primos, porém, não têm as mesmas origens: a judicialização decorre do modelo constitucional que o Estado adotou, enquanto o ativismo judicial é uma atitude, um escolha de um modo específico e proativo de interpretar a Constituição (e por que não se dizer, as demais espécies legislativas), expandido o seu alcance e sentido, além de expressar uma maior e mais intensa participação na concretização de valores e fins constitucionais com maior interferência no espaço de atuação de outros poderes.

Várias são as causas da judicialização, desacando-se, entre elas, a redemocratização, a constitucionalização abrangente e o sistema de controle da constitucionalidade.

A primeira (redemocratização do país), que teve como ponto culminante a promulgação da Constituição Federal, ocasionou um fortalecimento do Poder Judiciário e aumentou a demanda por justiça na sociedade, oportunizando que as pessoas passassem a demandar mais (BARROSO, 2014, p. 3).

A segunda (constitucionalização abrangente) se expressa pelo modelo de Constituição adotada (analítica), importando que matérias que poderiam ser reguladas por legislação infra-constitucional fossem tratadas pela Constituição Federal (BARROSO, 2014, p. 3).

A terceira (o sistema brasileiro de controle de constitucionalidade) é bastante abrangente, possibilitando que o controle da Constituição Federal possa ser feito tanto pela via do controle difuso, como pela via do controle concentrado, o que ocasiona que questões, inclusive políticas ou moralmente relevantes, possam ser submetidas à apreciação e decisão do Supremo Tribunal Federal (BARROSO, 2014, p. 4).

O ativismo judicial, enquanto um fenômeno mediante o qual o Poder Judiciário assume atribuições/competências de outros poderes, se manifesta de diversos modos. Barroso (2014, p. 6) indica que o ativismo judicial pode se manifestar pela aplicação direta da Constituição Federal a situações expressamente contempladas em seu texto e independentemente de manifestação do legislador ordinário; pela declaração de inconstitucionalidade de atos normativos emanados do legislador, com base em critérios menos rígidos que os de patente ostensiva violação da Constituição; e pela imposição de condutas ou de abstenções ao Poder Público, notadamente em matéria de políticas públicas.

O ativismo judicial possui defensores e também grandes críticos, visto que vantagens e desvantagens são atribuídas a esta postura mais ativa do Poder Judiciário.

Os defensores alegam que o ativismo judicial possui uma série de vantagens, dentre as quais salientam o atendimento de demandas da sociedade que não foram supridas pelos poderes originariamente competentes, além da solução de questões não devidamente regradas, superando o vácuo legislativo.

Os críticos apresentam objeções que importam em vários riscos, como o risco à legitimidade democrática (substituir o legislador eleito por considerável parcela da população), a politização da justiça (o juiz não deve agir por vontade política própria, pois deveria ser deferente com as decisões razoáveis tomadas pelo legislador, respeitando a presunção razoável das leis) e a limitada capacidade institucional do Poder Judiciário (não seria o Poder do Estado mais apto para tomar determinadas decisões, se não bastasse que nem sempre está devidamente preparado para os efeitos sistêmicos e os impactos de certas decisões) (BARROSO, 2014, p. 10-17).

Em Leal (2009, p. 86-87) encontramos a explicação de que, por um lado, a Constituição brasileira de 1988 estabeleceu alguns parâmetros explícitos de direitos e garantias individuais e sociais, a partir de seu núcleo central que é a pessoa humana e sua dignidade, por outro, se percebe que tal debate tem-se jurisdicionalizado demasiadamente. Por isso entende que este ativismo judicial, experimentado nos países Ocidentais, inclusive no Brasil, tem implicado a retração do ativismo social em face de problemas e questões de ordem e natureza políticas, fragilizando os laços republicanos da cidadania que deveria assumir suas funções e feições constituintes do espaço democrático das deliberações públicas.

Também pondera que a crise de identidade, eficácia e eficiência dos Poderes Legislativo e Executivo, no cenário latino-americano, não autoriza a supressão de competências e funções institucionais, nem autoriza uma nova concentração de poder nas mãos de poucos (não eleitos pela soberania popular) (LEAL, 2009, p. 89).

Leal não defende a neutralidade do Poder Judiciário ou seu imobilismo institucional, mas, chama a atenção para o risco de se pensar em uma substituição do dirigismo sempre estatal, centrado no Executivo, para um focado no Judiciário (LEAL, 2009, p. 90).

Não por outra razão é que se defende que o ativismo judicial precisa ser eventual e controlado, sob pena de ocasionar uma crise entre os poderes do Estado.

O ativismo judicial tem servido de delimitador na efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais, especialmente do trabalhador, o que se expressa através de súmulas, editadas pelo Tribunal Superior do Trabalho, tema que é abordado no próximo item.

5 AS SÚMULAS E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS DO TRABALHADOR

O Tribunal Superior do Trabalho edita súmulas destinadas à uniformização de certas matérias. No contexto atual, marcado pela judicialização crescente, se percebe uma tendência de uniformização, que se dá notadamente mediante determinados meios, como as súmulas.

As súmulas têm sido vistas como uma válvula que oportuniza segurança jurídica às pessoas e tem obtido prestígio em vista a complexidade e morosidade do processo legislativo brasileiro (FLEMING, 1999, p. 43).

No mesmo norte, as súmulas são apontadas, na atual conjuntura experimentada pelo Poder Judiciário do Brasil, como o meio para dar celeridade e melhor racionalização na atividade jurisdicional, sem atingir a independência e a capacidade criativa dos juízes subordinados aos tribunais editores, principalmente se forem adotados mecanismos de revisão ágeis e democráticos.

Não se podem, também, deixar de serem apontados alguns argumentos contrários, assim resumidos: a) o juiz renunciaria a atividade conciliatória da sua consciência jurídica com o objetivo da lei em nome da celeridade da prestação jurisdicional; b) “em um sistema tripartite de poderes como o nosso, configura ignomínia o Judiciário desprezar a produção legislativa para firmar-se em princípios por ele próprio construídos”; c) a criação do efeito vinculante impediria que o juiz decidisse livremente; d) a súmula vinculante seria uma forma de opressão do povo que não tem consultoria jurídica em Brasília, nem força econômica para contratar os maiores juristas do país, ao contrário do governo, dos bancos e das multinacionais (FLEMING, 1999, p. 43).

No âmbito sumular trabalhista, tem-se observado casos em que a efetividade de Direitos Fundamentais do trabalhador tem sido delimitada mediante súmulas que podem, sob certa ótica, denotar ativismo judicial.

Para tanto, exemplificativamente, serão utilizados, como parâmetros deste debate, duas súmulas que se supõe, a partir das questões conceituais já tratadas, corroborar a assertiva de que as súmulas são delimitadores da efetivação dos Direitos Fundamentais do trabalhador, denotando ativismo judicial.

O primeiro caso se refere à Súmula n. 443 do Tribunal Superior do Trabalho, assim redigida:

Súmula 443. Dispensa discriminatória, Presunção, Empregado portador de doença grave, Estigma ou preconceito. Direito à reintegração.

Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego.

A aludida súmula trata, como se percebe, de duas questões bastante caras na relação de emprego: a estabilidade provisória ou garantia de emprego e a discriminação no trabalho.

Neste sentido, é reconhecido que o empregador tem o poder potestativo de despedir o empregado, sem justo motivo, porém, excepcionalmente, está impedido de despedir o emprega-

do imotivadamente nos casos em que o empregado goze de estabilidade provisória e garantia no emprego.

Os casos de estabilidade provisória ou garantia de emprego são bastante reduzidos na legislação trabalhista, podendo ser encontrados, por exemplo, o do membro de comissão da CIPA (art. 10, II, a, do ADCT), a estabilidade à gestante (art. 10, II, b, do ADCT), o empregado eleito para o cargo de direção ou representação de entidade sindical ou associação profissional (artigo 543, § 3º, da CLT e artigo 8º, VIII, da Constituição Federal), o acidentado (artigo 118 da Lei n. 8.213/91), o trabalhador reabilitado ou deficiente habilitado (artigo 93, § 1º, da Lei n. 8.213/91), representantes dos trabalhadores no Conselho Nacional de Previdência Social (artigo 295, II, b, do Dec. 3.048/99), diretores de sociedades cooperativas (artigo 55 da Lei n. 5.764/71), os membros representantes dos empregados na Comissão de Conciliação Prévia (artigo 625-B, § 1º, da CLT), o membro Curador do Conselho Curador do FGTS (artigo 3º, § 9º, da Lei n. 8.036/90).

Em todos estes casos, o legislador assegurou o direito ao emprego durante certo período (normalmente, doze meses), o que permite, em caso de descumprimento, que o empregado postule judicialmente o reconhecimento da estabilidade e, por consectário, a reintegração no emprego ou, como medida excepcional, indenização substitutiva.

Ora, a Súmula 443 do Tribunal Superior ao Trabalho, ao prever o direito à reintegração no emprego do empregado despedido, desde que portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, criou uma nova modalidade de estabilidade no emprego ou garantia de emprego, ampliando o leque de proteção ao trabalhador, efetivando direito fundamental social ao trabalho, o que permite concluir se tratar de um caso de ativismo judicial, tendo como parâmetro as questões conceituais já tratadas.

Não se pode desprezar, ainda, que além de impedir a despedida do empregado portador do vírus HIV e do portador de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito, a Súmula também reconheceu que tais condutas são discriminatórias, dando azo ao reconhecimento de violação de direitos de personalidade que, sem dúvida, permitem reparação civil.

O segundo caso diz respeito à Súmula 331 do Tribunal Superior do Trabalho, cuja redação é a seguinte:

Súmula 331 - CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei n. 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (artigo 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei n. 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua con-

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

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (BRASIL, 2011).

A Súmula n. 331 do Tribunal Superior do Trabalho trata, essencialmente, sobre a terceirização no Direito do Trabalho: quais as atividades são terceirizáveis, quando a terceirização é ilícita e qual é a responsabilidade do tomador de serviços (seja empresa privada, seja a Administração Pública).

Não existe, no ordenamento jurídico pátrio, uma norma que fixe proibição ou permissão de terceirização em atividade-fim (salvo a situação específica do contrato temporário), nem previsão de qual a responsabilização do tomador dos serviços (se subsidiária ou se solidária) quando terceiriza, de sorte que a Súmula n. 331 do TST nitidamente assumiu o teor de norma.

Se isso não bastasse, no caso da Administração Pública, era pacífico, no âmbito jurisprudencial, o entendimento de que a mesma respondia, ainda que subsidiariamente, pelo inadimplemento das verbas trabalhistas sonegadas ao empregado da empresa prestadora dos serviços, em que pese a restrição imposta pela Lei n. 8.666/93.

Adiante, em vista à decisão do Supremo Tribunal Federal, se reconheceu, por meio da Súmula, a constitucionalidade da lei de licitações, fixando o Tribunal que a responsabilização da Administração Pública depende de comprovação de culpa (in eligendo ou in vigilando).

Por envolver direitos trabalhistas (o empregado é vinculado à empresa prestadora de serviços, embora os preste em benefício da tomadora), notório que a Súmula, ao estabelecer tais parâmetros, tem nítido caráter normativo, delimitando o exercício de direitos fundamentais sociais do trabalhador, pois amplia, no caso de empresas tomadoras, a garantia de que o empregado possa receber seus haveres trabalhistas, especialmente naqueles casos em que a empregadora não cumpre com as suas obrigações. Também é verdade que, sob a nova redação, a súmula limitou a responsabilização da Administração Pública, anteriormente objetiva, vez que, nos parâmetros atuais, é imprescindível a comprovação de culpa para que isso ocorra.

Portanto, é possível, a partir de alguns parâmetros conceituais, constatar que as Súmulas podem delimitar materialmente a efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais do trabalhador, importando em ativismo judicial, tema que, certamente, exigirá mais profundas investigações.

3 CONCLUSÃO

Ao concluir este trabalho, é importante tecer as principais ideias nele contidas.

Foi possível constatar que o Direito do Trabalho é um direito fundamental social, o que se percebe pela sua previsão constitucional (fundamentalidade formal), assim como pelo seu conteúdo, enquanto essência da vida humana (fundamentalidade material).

As súmulas e os precedentes jurisprudenciais possuem relevantes distinções, sendo que, em relação às primeiras, o trabalho pretendeu demonstrar que não estão imunes ao aspecto hermenêutico, notadamente porque são, sob certa ótica, texto, e, portanto, passíveis de interpreta-

ção e, por isso, sujeitos ao processo de reconstrução, com todas as peculiaridades que animam a vida humana.

A judicialização crescente tem causa distintas do ativismo judicial, a começar pelo fato de que a primeira decorre da opção constitucional, ao passo que o segundo é uma opção do julgador, em vista uma conduta mais ativa, que possibilita, por vezes, uma interferência em atribuições/competências dos demais poderes. Este ativismo judicial possui alguns riscos, especialmente à legitimidade democrática, à politização da justiça e o risco institucional, além de efeitos sistêmicos, nem sempre antevistos pelo Poder Judiciário, o que leva a concluir que o ativismo judicial precisa ser eventual (circunstancial) e controlado.

Não se pode, por outro lado, afastar a possibilidade de que, mediante este ativismo judicial, feito, em alguns casos, através das súmulas, direitos fundamentais sociais do trabalhador são delimitados, o que se percebe pela análise das Súmulas n. 331 e n. 443, ambas do Tribunal Superior do Trabalho.

As Súmulas n. 331 e n. 443 denotam, de certo modo, ativismo judicial, visto que, em relação à primeira, verificamos que o Tribunal Superior do Trabalho apresentou um regramento acerca da terceirização (não previsto no ordenamento jurídico), ao passo que, em relação à segunda, se verifica também a criação de uma nova hipótese de estabilidade no emprego, com possibilidade de reintegração, não prevista, ao menos expressamente, no ordenamento jurídico.

O trabalho não teve o propósito de esmiuçar tais questões, embora tenha oportunizado revisitar temas tão caros em matéria de Direitos Fundamentais Sociais, dentre os quais, do trabalhador, cabendo destacar que este debate é atual e ainda inacabado, merecendo, por isso, novas investigações.

THE PRECEDENTS AND THE SOCIAL FUNDAMENTAL RIGHT TO WORK

ABSTRACT

This study examined the issue of precedents as delimiters of fundamental social rights and, through them, like judicial activism has manifested itself in the Labour Court. Thus, it was demonstrated because the work is recognized as a fundamental social right and what the implications are. Then they addressed the issue of precedents and the hermeneutic element, at which time it was shown how the doctrine treats dockets and the reasons for subjecting them to the process of interpretation. The penultimate item, the work dealt with on justiciability and judicial activism, pointing out differences between such terminologies as well as the risks and benefits of judicial activism. Finally, it was shown that, in at least two cases the overviews of the Superior Labor Court delimited fundamental social rights of workers, caring for judicial activism, notably in the case of n Precedents. 331 and 443. For the development of this work, the deductive method was used. The topic is current and nurture debate still unfinished, namely, the tension between state powers, its duties / responsibilities and the implications that interference in the duties / responsibilities of a power in another cause.

Keywords: Fundamental Social Rights. Precedents. Judicial Activism.

REFERÊNCIAS

BARROSO, Luís Roberto. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. *Plataforma Democrática*. Disponível em: <http://www.plataformademocratica.org/Publicacoes/12685_Cached.pdf>. Acesso em: 06 nov. 2014.

- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 443*, de 27 de setembro de 2012. Presume-se discriminatória a despedida de empregado portador do vírus HIV ou de outra doença grave que suscite estigma ou preconceito. Inválido o ato, o empregado tem direito à reintegração no emprego. 2012.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula n. 331*, de 31 de maio de 2011. Contrato de prestação de serviços. Legalidade. 2011.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2011.
- DELGADO, Gabriela Neves. *Direito Fundamental ao trabalho digno*. São Paulo: LTR, 2006.
- FLEMING, Gil Messias. Decisões vinculantes: avanço ou retrocesso? *Consulex*. n. 38, p. 43, 1999.
- LEAL, Rogério Gesta. *A decisão judicial: elementos teórico-constitutivos à efetivação pragmática dos direitos fundamentais*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.
- LEAL, Rogério Gesta. *Condições e possibilidades eficácia dos direitos fundamentais sociais: os desafios do poder judiciário no Brasil*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais no âmbito da Constituição Federal. In: BAEZ, Narciso Leandro Xavier; SILVA, Rogério Luiz Nery da; SMORTO, Guido (Org.). *Os desafios dos direitos humanos fundamentais na América Latina e na Europa*. Joaçaba: Ed. Unoesc, 2012.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores Ltda, 2004.
- STRECK, Lenio Luiz. *O que é isto - o precedente judicial e as súmulas vinculantes?* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

A RESPONSABILIDADE CIVIL PELO DANO EXISTENCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Carlina Luiza Rigoni*
Rodrigo Garcia Schwarz**

RESUMO

O presente estudo objetiva, sem a intenção de esgotar o tema, demonstrar a evolução da responsabilidade civil no campo dos danos imateriais, com especial destaque ao dano existencial no ambiente laboral. Neste contexto faz-se uma abordagem acerca da dignidade humana, direitos fundamentais e direito de personalidade, visto que eles garantem a dignidade da pessoa humana, princípio basilar das relações de trabalho. Trata-se ainda da responsabilidade civil onde se investigou quais são as espécies de responsabilidades previstas no ordenamento jurídico atual e a evolução do instituto para tutelar os danos extrapatrimoniais. Foram apresentados tópicos relevantes da responsabilidade civil, instituto que viabiliza a reparação do dano sofrido pela vítima, sob a ótica de direito fundamental. Buscou-se conceituar dano existencial e demonstrar a sua ocorrência na esfera trabalhista. Identificou-se que diversos são os danos a existência experimentados pelos empregados.

Palavras-chave: Dano existencial. Responsabilidade civil. Direitos Fundamentais.

1 INTRODUÇÃO

A existência do homem relacionada a quão digna ela deve ser vem ganhando a atenção do mundo jurídico. Rotinas as quais o homem está inserido não raras vezes são alvo de atos ilícitos que culminam em danos intimamente ligados a sua existência, as suas rotinas.

No âmbito dessa temática, que vem despertando o interesse de estudiosos, estão as relações trabalhistas. O homem passa em média mais de 30% do seu dia trabalhando, no restante do tempo ele distribui suas atividades de rotina. Como é sabido, o trabalho tem caráter de subsistência e realização pessoal. A existência do homem está diretamente relacionada com as atividades que desenvolve e aos seus relacionamentos interpessoais.

Recente no direito brasileiro o dano existencial, espécie de dano extrapatrimonial vem ganhando destaque no mundo jurídico, a proteção à dignidade humana através dos direitos fundamentais garante ao indivíduo que aspectos como, por exemplo, o seu direito a felicidade sejam tutelados. Ao encontro dessa perspectiva mais humanitária do indivíduo, vem o instituto da responsabilidade civil, que passa a amparar não somente os danos materiais como os imateriais.

O empregado tem direito ao lazer e ao repouso, direitos esses que são afetados pelo trabalho contínuo e exauriente, gerando danos de ordem existencial, por retirar, do trabalhador,

* Mestre em Direito; carli_rigoni@hotmail.com

Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-Doutorado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina;

** Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Fundamental ao Trabalho Digno da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; Avenida Nereu Ramos, 3777-D, Bairro Seminário, 89813-000, Chapecó, Santa Catarina, Brasil; rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

o tempo livre para desenvolver outras atividades também relevantes para a sua existência, entre elas as relações familiares e sociais, ocasionando-lhe danos de ordem materiais e/ou imateriais.

Este fato acaba por refletir no instituto da responsabilidade civil, visto a expansão do leque de danos suscetíveis de indenização. Entretanto, ainda existem institutos de reparação civil que não foram incorporados, pelo menos explicitamente ao ordenamento jurídico brasileiro. É o caso dano existencial, objeto de estudo desta pesquisa, que apesar de muito debatido, nos países europeus principalmente, ainda não foi tratado de forma detalhada no Brasil, nomeadamente nas relações de trabalho.

No presente trabalho serão abordados os aspectos mais gerais sobre o tema, acerca do trabalho decente, a dignidade humana, a responsabilidade civil, para depois avançarmos pelo estudo especificamente do dano existencial inserido no contexto laboral, a fim de facilitar a compreensão e situar o referido assunto na área atinente.

Serão abordados também neste trabalho, outros danos, pretendendo assim diferenciá-los do dano existencial, considerando que por vezes ocorre a confusão dos institutos tanto pela doutrina pátria, quanto pela jurisprudência.

Por fim, a dignidade humana precisa estar inserida nas diversas esferas sociais, para que ocorra a efetivação dos direitos de personalidade. O trabalhador precisa ter sua dignidade reconhecida na sua existência como um todo, e não apenas no ambiente laboral.

2 O TRABALHO DECENTE: UM DIREITO HUMANO FUNDAMENTAL

Durante muitos anos o trabalho teve um caráter autoritário. Uma vez inserido no contexto laboral, o homem despia-se da sua condição de cidadão possuidor de direitos fundamentais. A incidência dos direitos fundamentais nas relações de trabalho se deu de forma gradativa e incompleta. Entretanto, negar esse processo representa enorme retrocesso, visto a contribuição e avanços alcançados frente a incorporação de determinados direitos fundamentais no ordenamento jurídico trabalhista como inibidores de práticas atentatórias a dignidade do trabalhador.

O princípio da dignidade humana serve como elemento orientador na interpretação, integração e aplicação das normas constitucionais. A constituição de 1988, ao apresentar os princípios fundamentais no início de suas disposições, estabeleceu tratamento privilegiado ao trabalho como sendo ele elemento integrante da dignidade humana. A dignidade humana passa a ser, pela Constituição, fundamento da República Federativa do Brasil e princípio jurídico inspirador e normativo e objetivo de toda a ordem econômica (DELGADO, 2013, p. 156).

Sarlet (2012, p. 73) conceitua dignidade humana como sendo a qualidade intrínseca e distintiva que se reconhece nos seres humanos, fazendo-o merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando em direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano e venham a lhe garantir as condições existências 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 humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

A dignidade humana irradia os vetores que justificam a proteção ao trabalho decente. A Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, de 1948, considerou o trabalho direito

e dever, assegurou o direito ao trabalho em condições dignas e o direito à liberdade profissional (AZEVEDO NETO, 2015, p. 46).

O direito fundamental ao trabalho digno compreende o complexo de normas jurídicas que visam não somente a garantir o posto de trabalho como fonte de rendimentos e de sustento, mas também a fomentar condições dignas de labor, preservando a higidez física e mental do trabalhador (SOARES, 2009, p. 37).

Valorizar o trabalho digno é princípio fundamental norteador da ordem constitucional brasileira por ser uma das formas de afirmação do ser humano nas diversas esferas sociais. A dignidade da pessoa humana está estritamente relacionada à afirmação social do ser, de onde desponta o trabalho que para cumprir essa função precisa ser digno.

Nesse contexto estão inseridos os direitos de personalidade são direitos inalienáveis, fazendo jus a uma proteção legal e destinam-se a resguardar a dignidade da pessoa humana, preservando-a contra terceiros. Visam garantir razões fundamentais da vida da pessoa e o desenvolvimento físico e moral da sua existência.

As condutas que afetam os direitos da personalidade são as que mais causam danos de natureza extrapatrimonial, pois provocam o desequilíbrio da pessoa, atingindo a sua essência e a sua dignidade, sendo necessária a atuação da responsabilidade civil para cessar a desarmonia ocasionada pelo ofensor.

Os interesses ligados à existência da pessoa estão intimamente relacionados aos direitos fundamentais e, conseqüentemente, aos direitos da personalidade. Da ampla tutela dos direitos de personalidade, resulta a valorização de todas as atividades que a pessoa realiza ou pode realizar, pois tais atividades são capazes de fazer com o que o indivíduo atinja a felicidade, exercendo, todas as suas faculdades físicas e psíquicas.

A felicidade é, em última análise, a razão de ser da existência humana. Os direitos de personalidade tutelam a essência da pessoa e as suas principais características (SOARES, 2009, p. 37).

O objeto dos direitos de personalidade são projeções físicas ou psíquicas da pessoa ou as suas características mais importantes, são os bens e valores considerados essenciais para o ser humano. São ainda, absolutos, imprescritíveis, impenhoráveis. O Código Civil apresentou rol residual, tendo em vista que boa parte dos direitos de personalidade vem expressos na Constituição Federal como direitos fundamentais (LUCKY, 2012, p. 88-89).

Como consequência e forma garantidora da dignidade humana tem-se o papel dos direitos de personalidade, reconhecê-los é passo indispensável na compreensão de como se dá a reparação por danos imateriais, que será tratada no próximo item, pois é da violação de um direito de personalidade que decorre a necessidade de reparação civil a quem teve seu direito violado. O disposto nos artigos 12, 186 e 927 do Código Civil e a proteção a dignidade da pessoa humana fundamentam e legitimam a reparação dos danos que agridam os direitos de personalidade.

3 A RESPONSABILIDADE CIVIL

Em sociedade o homem relaciona-se com os demais, desse relacionamento por vezes resultam comportamentos que ofendem os direitos de personalidade. A responsabilidade civil consiste no dever de um indivíduo indenizar outro, por prejuízo que tenha decorrido de uma violação com a finalidade de recompor um dano decorrente de um dever jurídico originário. Derivando,

assim, da ideia de obrigação, reparação e indenização por parte do agente causador do dano a outrem (GONÇALVES, 2010, p. 53).

O dano significa o término ou a alteração de uma situação favorável de um indivíduo ou grupo num determinado espaço-tempo. Já do ponto de vista jurídico ele se verifica em razão da inobservância de uma norma, a qual, para conceder um efeito favorável ao prejudicado, estabelece um determinado comportamento. Nessa última acepção estariam incluídos todos os prejuízos que o indivíduo na condição de sujeito de direito sofre, ou seja, aqueles que recaem sobre o patrimônio ou a sua própria pessoa (WALD; GIACOLI, 2012, p. 79).

A ocorrência de dano tem como consequência ao causador o pagamento de indenização correspondente ao prejudicado pelo ato ilícito a fim de reparar o dano, trata-se da violação de um dever primário que acarreta um dever jurídico secundário, para que essa reparação ocorra na esfera jurídica é necessária à utilização do instituto da responsabilidade civil.

A responsabilidade civil cumpre funções, quais sejam; função ressarcitória, compensatória, punitiva e socioprotetiva. Quanto à primeira, visa desempenhar papel de ressarcimento perante a vítima o mais próximo possível ao estado anterior do dano, a obrigação de ressarcir é garantia de proteção da propriedade dos bens do patrimônio do indivíduo, considera-se uma projeção de sua própria personalidade.

A função compensatória advém dos danos em que a vítima não poderá voltar ao status anterior ao do dano, razão pela qual a vítima deve ser compensada. A função punitiva, por sua vez, objetiva punir o agente causador do dano sofrido por terceiro, decorre da responsabilização criminal pelo dano. Por fim a função socioprotetiva que tem o condão de prevenir atos para evitar danos, buscando educar de forma a servir de exemplo para que não ocorram mais atos danosos.

No entanto, destaca-se que no ordenamento brasileiro a figura da função sociopreventiva da responsabilidade civil é meramente ilustrativa, pois na prática constitui-se em condenações ínfimas às grandes empresas, o que acarreta em uma contínua prestação de serviços muito abaixo do desejado por parte destas, como por exemplo, no setor de telecomunicações. Tais empresas, à sombra da impunidade e cientes das baixas condenações, calculam que o custo/benefício de prestar um serviço de qualidade bem inferior compensa, visto que a punição pecuniária será mínima, por consequência, continuam a lesar os consumidores.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão dirigem-se a uma abstenção, têm um aspecto negativo no sentido de resistência, de oposição perante o Estado. Na segunda dimensão, estão os direitos econômicos, sociais e culturais, sendo considerada a dimensão positiva, o Estado pode participar do bem-estar social. Na terceira dimensão os direitos de fraternidade ou solidariedade, com foco na proteção de grupos humanos, buscam a proteção do indivíduo, do gênero humano.

Observar as dimensões dos direitos fundamentais permite reconhecer que os direitos fundamentais são mutáveis e assumem novas roupagens frente às novas formas de agressão a valores já agregados a humanidade (LUCKY, 2012, p. 61).

O direito a reparação de danos imateriais, uma vez incluído no rol de direitos fundamentais (o rol do artigo 5º da Constituição da República Federativa do Brasil, apesar de analítico não é taxativo) é um direito de segunda dimensão, direito prestacional, pois caberá ao Estado dar condições efetivas, de maneira eficiente, e com a relevância que merecem essas reparações (LUCKY, 2012, p. 61).

Ainda quando a inserção de danos materiais no rol dos direitos fundamentais, por cláusula própria, decorrente da dignidade da pessoa humana e também decorrente da Constituição Federal, cumpre salientar acerca da abertura do material do Catálogo de direitos fundamentais, sendo esta possível forma de coibir a “onda flexibilizadora”, movimento que pretende suprimir ou relativizar normas jurídicas que garantem a proteção do empregado, bem como forma de ampliação a proteção ao trabalhador. Tendo como base o disposto pelo princípio da norma mais favorável e o princípio da proteção, é fundamental agregar a direitos o reconhecimento da condição de autêntico direito fundamental, visto as garantias que são conferidas a tais direitos.

Em análise ao âmbito laboral a aplicação dos direitos fundamentais entre particulares é facilmente percebida. Ao exercer seu poder diretivo o empregador acaba, por vezes, afetando diretamente os direitos de personalidade do empregado. A responsabilização civil do ofensor desses direitos possibilita que seja interrompida a situação dano, e que haja um reparo ao ofendido, valorizando assim a tutela da dignidade humana.

4 O DANO EXISTENCIAL

Decorrente do estudo aprofundado dos danos extrapatrimoniais, o dano existencial aparece no direito italiano, onde inicialmente apenas era reconhecido o dano patrimonial, que acarreta para a vítima um prejuízo econômico e o dano moral, caracterizado por uma ofensa à esfera psíquica da pessoa, passível de indenização apenas nas hipóteses previstas em lei ou decorrente de um crime.

A doutrina Italiana aprofundou os estudos acerca dos danos extrapatrimoniais, resultando em certa variação de nomenclatura e surgimento de outras espécies de danos. Entretanto nas espécies surgidas anteriormente ao dano existencial sempre se exigiu do ofendido a ofensa física psíquica e a diminuição na capacidade de obter rendimentos.

Em 1990 surgem os primeiros julgados a apresentar a referida nomenclatura a essa nova espécie de dano, como reflexo da ampliação da proteção da pessoa por dano injusto sem a necessidade de prejuízos econômicos a vítima.

A Corte de Cassação italiana proferiu a emblemática sentença 500 de 1999, onde confirmou a nova orientação no tema da responsabilidade civil ao admitir a reparabilidade do dano causado a um interesse legítimo (e a conseqüente irrelevância do pressuposto do dano contra-jus, ou seja, lesivo de posições de direito subjetivo), contentando-se, para efeito de acolhimento da pretensão indenizatória, com a demonstração dos seguintes elementos da responsabilidade civil: a) a injustiça do dano; b) a lesão a uma posição constitucionalmente garantida.

A Suprema Corte de Cassação italiana pronunciou a sentença 7.713, de 07.06.2000, agora sim falando explicitamente do dano existencial, espécie de dano extrapatrimonial, coroando o processo evolutivo de proteção à dignidade da pessoa humana desenvolvido pelas sentenças 184, de 14.07.1986, da Corte Constitucional, e 500, de 27.07.1999, da Corte de Cassação.

A doutrina apresenta variados conceitos ao dano existencial, a maioria tem em comum a presença de elementos que tratam da imaterialidade do dano em questão e destaque de que não se trata de uma experiência momentânea e sim de um dano que reflete em longo prazo.

O dano existencial é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afeta-

ção negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente tinha como incorporado ao seu cotidiano e que, em razão do seu ato lesivo, precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina (SOARES, 2009, p. 44).

Nesse sentido, Sandro Merz (2015, p. 261) informa que

danno esistenziale, a maggior ragione si ammette il ricorso a presunzioni, trattandosi di pregiudizio as um bene immateriale, diverso dal biológico e consistente nel danno, di natura non meramente remunerative del soggetto passivo, costretto as alterar ele proprie abitudini ed i propri assetti relazionali ed a sottostare a scelte di vida diverse dalle precedenti in ordine all'espressione ed ala realizzazione dela personalità anche nel mondo esterno.

Outra definição, agora com destaque aos direitos fundamentais, diz que o dano existencial, consiste na violação de qualquer um dos direitos fundamentais da pessoa, tutelados pela Constituição Federal, que causa uma alteração danosa no modo de ser do indivíduo ou nas atividades por ele executadas com vistas ao projeto de vida pessoal, prescindindo de qualquer repercussão financeira ou econômica que do fato da lesão possa decorrer.

A Suprema Corte Italiana em sentença mencionada anteriormente assim definiu o dano existencial: per danno esistenziale si intende danno ala vita di relazione, ovvero pregiudizio al normale svolgimento dele proprie relazioni interpersonali, che si concretizza nella impossibilità o nlla difficoltà, per che abbia súbito menomazioni fisiche, di reintegrarsi nei rapporto social e di manterli ad un livello normale (Cass. Civ., sez. II, sent. n. 6023 del aprile de 2001).

Dentre os conceitos ora apresentados cumpre salientar que o dano existencial afeta diretamente direitos fundamentais do indivíduo, direitos de personalidade, visto que a vítima dessa espécie de dano acaba por ter atingida a sua autonomia da vontade, alteridade e dignidade.

A divisão patrimonial e extrapatrimonial operada no direito brasileiro dá início para a construção de uma ampla reparabilidade dos danos, protegendo os direitos de personalidade e a dignidade da pessoa humana. No âmbito da responsabilidade civil a preocupação com a proteção da pessoa humana possibilita a reparação de danos não materiais em uma outra perspectiva.

Existem duas variantes terminológicas dentre os novos danos que merecem destaque no estudo proposto: dano existencial e o dano ao projeto de vida. No Brasil a influência italiana determinou pelo uso terminológico do dano existencial (FACCHINI NETO; WESENDONCK, 2012, p. 229-267).

Embora sejam por vezes tratados como sinônimos é possível fazer uma distinção e entender que todo o dano ao projeto de vida é um dano existencial, que afeta o ser individual, específico aos casos em que há a inviabilização do projeto de vida desenvolvido até então pela vítima no âmbito da sua autonomia privada. De acordo com esta visão, o dano ao projeto de vida pode ser concebido dentro do gênero de dano existencial, este um conceito muito mais amplo.

Deste modo, defende-se que noção de dano ao projeto de vida se elabora em torno da ideia de realização pessoal e tem como referências diversos dados da personalidade e desenvolvimento individual, que sustentam as expectativas do indivíduo e sua capacidade para alcançá-las.

Compartilha-se do entendimento de que liberdade é uma condição da vida humana, mas não é uma condição dada. Seja como livre-arbítrio, seja como liberdade civil, a liberdade resulta de ações e exercícios. A liberdade moderna, significando ausência de coação, exige a tarefa crítica de conhecer e determinar o que de fato coage e limita a vida dos homens. Assim, temos que o Dano ao Projeto de Vida no âmbito da Corte Interamericana foi desenvolvido a partir de peculiaridades e características da violação dos direitos humanos, especialmente da Convenção Interamericana da qual o Brasil faz parte.

No direito brasileiro o dano ao projeto de vida se coaduna com a ampla reparabilidade do dano moral, etiqueta em que se colocará possivelmente para este dano, mas percebê-lo como um dano de feição própria, ajudará na sua reparabilidade. A imersão conceitual ampla do dano em moral (imaterial) e patrimonial (material) muitas vezes confunde e não agregando sentido e precisão.

Além disso, trata-se de um dano que tem em vista o futuro da vítima, mas que, nem por isso, deixa de ser certo, porque este projeto de vida se mostra concretizado já por atos objetivos, embora se proteja a pessoa e não os seus bens, pois não se busca proteger apenas o que produz, o *homo faber*. É um dano provável, portanto, indenizável. É dano que tem por característica o comprometimento da liberdade da vítima, pois esta terá de encontrar uma nova maneira de ser para poder realizar-se enquanto pessoa. É natural que o dano ao projeto de vida opere um vácuo existencial na vítima em razão da perda de objetivo de vida, podendo gerar consequências psicossomáticas de autodestruição, às vezes cumulado ou não, com quadros de profunda depressão.

Já a figura da *Préjudice D'agrément* (prejuízo ao prazer), perda ou redução da capacidade da vítima de realizar atividades que lhe causavam prazer, é baseada na visão de que todos teriam direito à felicidade, tal como constava na declaração dos direitos da Virgínia em 1776. Todavia, tal felicidade estaria ligada aos prazeres da vida, em que todos, onde todos independentes da capacidade econômica poderiam gozar. Essa hipótese enquadra-se na noção italiana de danos existenciais (FACCHINI NETO; WESENDONCK, 2012, p. 229-267).

A compensação pela perda de um prazer da vida representa uma reparação financeira pelo proveito da vida que foi perdido em virtude de uma negligência ou falta de cuidado por parte do causador da lesão. Se tais tarefas faziam parte dos hobbies do indivíduo, isto será levado em conta na hora de fixar a reparação pelos danos sofridos.

A ocorrência do dano existencial pode ser verificada em diversos ramos no direito. Na Itália, em sentença anteriormente destacada, foi reconhecido o dano existencial a um filho que não recebeu o pagamento de pensão, cabendo ao pai indenizar o dano sofrido pelo filho e não apenas o pagamento dos valores atrasados. No direito de família o dano existencial é visto de forma mais frequente na jurisprudência.

No direito do trabalho no Brasil essa nova modalidade começa a aparecer nas sentenças, entretanto não raras vezes o instituto vem sendo empregado de forma equivocada, sendo confundido com o dano moral modalidade de dano distinta que causa efeitos diferentes conforme será exposto adiante.

Conforme dito anteriormente essa nova espécie de dano está começando a aparecer na jurisprudência pátria e, por assim ser, ainda é escassa a doutrina que apresenta conceito para a configuração do dano existencial na relação de labor.

O dano existencial no Direito do Trabalho, também chamado de dano à existência do trabalhador, decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de se relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades recreativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade; ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal (BOUCINHAS FILHO; AVARENGA, 2013, p. 38).

No âmbito das relações de trabalho diversas condutas podem ocasionar o dano existencial. Os riscos psicossociais atinentes ao trabalho são exemplos de fatores causadores de dano. A violação contumaz da norma desencadeia naquele que sofre os prejuízos do ato ilícito perdas biológicas, econômicas e sociais (BARUKI, 2015, p. 31).

As normais de proteção ao trabalhador de âmbito mundial estão associadas à honra, à proteção jurídica, à dignidade, à realização pessoal, ao valor e ao dever. Percebe-se o trabalho como algo dignificante, não servindo como instrumento de desrespeito a dignidade humana ou de subjugação.

Inobstante um ambiente de trabalho saudável seja mister para a que as horas que o empregado estiver trabalhando causem o menor desgaste físico e psíquico possível, é preciso ainda que o trabalho desenvolvido não cause desgastes que ultrapassem as fronteiras físicas do ambiente laboral, ou melhor, o caráter do trabalho atribui o condão a ele de influenciar positivamente na vida da pessoa.

O empregado que conta com higidez física e psíquica no desenvolvimento de suas atividades irradia esse bem-estar em todos os aspectos de sua vida, inclusive pessoal. As horas que o empregado não está à serviço da empresa, de forma indireta ele está recompondo-se para a nova jornada, visto a função dos intervalos intrajornada.

Despreocupar-se com a qualidade de vida do empregado como um todo não é econômico e nem inteligente por parte do empregador. A pessoa que consegue manter relações interpessoais saudáveis, dedicar alguns momentos a prática de atividade que lhe proporcionem prazer ou mesmo desfrutar do tempo de descanso com qualidade é se dúvidas mais disposta e produtiva, o que por sua vez reflete positivamente no trabalho.

Diversas são as situações experimentadas no cotidiano do empregado que podem desencadear um dano em sua existencial. Ressalta-se a necessidade que esse dano seja vivenciado de forma contínua que o bem atingido esteja diretamente relacionado com a vida de relação da vítima.

A título de exemplo o empregado tolhido do seu direito a férias, e em decorrência disso não desfruta de momentos de descontração com a família, que presta serviços constantemente em sobreaviso não podendo participar ou programar atividades em grupo. A seguir serão elencadas algumas proteções trabalhistas que quando violadas podem ocasionar o dano ora em estudo.

O trabalho extraordinário além de ocasionar fadiga física, gera comportamento antissocial. O empregado que passa o dia todo trabalhando ou deslocando-se para o trabalho não usufrui tempo para descanso e recomposição física para a próxima jornada, tão pouco consegue estabelecer relações familiares e sociais harmoniosas, levanta a insatisfação recorrente, depressão, perda de autoestima. Não se deve esquecer que a Constituição federal assegura o direito ao lazer (OLIVEIRA, 2011, p. 176-177).

Arnaldo Süssekind (2000, p. 791) apoia a limitação da jornada de trabalho em fundamentos biológicos, visto que combate problemas psicofisiológicos, fundamenta ainda em um caráter social, o qual atribui-se especial destaque com a relação ao dano existencial, posto que permite o convívio familiar, integração do trabalhador na sociedade, dano oportunidade do lazer e das atividades recreativas e culturais, e por fim atribui ao caráter econômico.

O assédio moral também pode lesionar o trabalhador, causando-lhe um dano existencial. Considera-se assédio moral o comportamento do empregador que exponha o empregado a reiteradas situações constrangedoras, ou abusivas, causando degradação do ambiente laboral e aviltamento à dignidade da pessoa humana, o bem jurídico tutelado é o direito ao meio ambiente de trabalho saudável garantindo respeito a sua dignidade, bem-estar físico, mental e social (SÜSSEKIND, 2000, p. 791).

O trabalho poder ser considerado como um fator de saúde na medida em que proporcionam as pessoas um desenvolvimento de seu potencial criativo, inovador, aprendizagem de novos conhecimentos e desenvolvimento de habilidades intelectuais e sociais para um melhor relacionamento entre elas. Infelizmente, para alguns o trabalho pode ser transformar num grande vilão ameaçando a saúde social do indivíduo levando ao surgimento de doenças do trabalho, ou causando um acidente de trabalho (MOTA, 2014, p. 55).

O acidente de trabalho ocorre quando a serviço da empresa o empregado sofre lesão corporal ou perturbação funcional causando a perda da capacidade para o trabalho. É preciso enfatizar que todos perdem com o acidente de trabalho: o empregado acidentado, sua família e em última análise a sociedade.

De forma exemplificativa o alcoolismo que é considerado doença ocupacional quando a atividade exercida expõe o empregado a situação de embriaguez, causa danos emocionais e familiares, com alterações de humor, perda de memória, separações conjugais e problemas emocionais a longo prazo nas crianças, violência doméstica, e danos sociais como a perda de emprego, acidentes de trabalho (MOTA, 2014, p. 25).

Enquanto a concessão dos repousos diários e semanais visa principalmente à recuperação física do trabalhador pelo desgaste do trabalho, as férias estão mais voltadas para o descanso mental, propiciando a quebra da rotina e o afastamento do local do trabalho, com liberdade para a busca do lazer e renovação das ideias no contato com novos ambientes, leituras, recreações, viagens, etc. (OLIVEIRA, 2011, p. 429).

As ações de indenização por dano existencial decorrente das relações de trabalho são de competência da justiça do trabalho, sendo que a responsabilidade pela reparação é do empregador que por ação ou omissão causar dano existencial ao empregado. O quantum indenizatório segundo Bebbber (2009, p. 29) deve considerar a injustiça do dano, os atos realizados e a situação futura com a qual deve resignar-se a pessoa e a frustração razoável quanto aos projetos, e por fim o alcance do dano.

Os direitos humanos ganharam evidencia nos documentos internacionais como consequência cresceu a conscientização do direito ao repouso e ao lazer. A declaração Universal dos direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral das Nações Unidas prevê que todo homem tem direito ao repouso e lazer, e a limitação razoável das horas de trabalho e a férias remuneradas periódicas, no mesmo sentido o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O reconhecimento da necessidade em tutelar os interesses existenciais atinentes à pessoa humana representa uma evolução. A consagração da dignidade humana como valor fundamental nas constituições veio exigir a ressarcibilidade do dano extrapatrimonial (SCHREIBER, 2013, p. 91).

A jurisprudência pátria começou a apresentar os primeiros casos de dano existencial na esfera trabalhista.

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO A JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS 1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral. 2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.” A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações [...] 6. Recurso de revista conhecido e provido [...]

No caso em estudo a rede de supermercados Walmart foi condenada, pela 1ª Turma do Tribunal Regional do Trabalho do Rio Grande do Sul, a indenizar uma trabalhadora que sofreu dano existencial, pois, era submetida a jornada excessiva que causou danos ao convívio familiar, à saúde e aos projetos de vida da empregada, gerando prejuízo a sua existência. Em primeira instância o dano não foi identificado justificando que o cumprimento de jornada superior ao contratado gera direito à reparação apenas na esfera patrimonial. O relator do acórdão na 1ª Turma, sustentou que o dano existencial, é uma espécie de dano imaterial que se apresenta sob duas formas: o dano ao projeto de vida, e o dano à vida de relações. Sustentou ainda que nas relações de trabalho o dano existencial ocorre quando o trabalhador sofre prejuízo na sua vida fora do ambiente de trabalho, em razão de condutas ilícitas praticadas pelo empregador.

Conforme dito anteriormente não raras vezes danos existenciais são confundidos com os danos morais, essa prática é verificada na doutrina e na jurisprudência. Embora a tipologia danos existenciais em países Europeus, por exemplo, e mesmo no Brasil abarque diversas formas de danos não patrimoniais e considerando não ser pacífico o entendimento quanto a real diferenciação entre eles. É essencial diferenciar o dano existencial, do dano moral e da perda de uma chance.

Para melhor compreender a distinção entre esses institutos é necessário compreender que a reparação por dano moral visa compensar, o desapareço psíquico representado pela violação do direito a honra, liberdade, integridade física, saúde, imagem, intimidade e vida privada.

O dano existencial não se relaciona a dimensão íntima da pessoa, não se trata de experimentar um sofrimento ou angústia. São reiteradas situações que privam a pessoa de desfrutar do seu direito fundamental de personalidade, de lazer, de convívio social. De forma diversa Dallagrave Neto (2014, p. 179) assevera que a despeito da autonomia conceitual o dano existencial está enquadrado no conceito de dano moral.

Na perda de uma chance, por sua vez, houve a perda concreta de determinada oportunidade, sendo possível valorar a chance perdida. Sendo, portanto, possível cumular os institutos ora apresentados.

5 CONCLUSÃO

Buscando satisfazer as necessidades humanas, o homem modifica a natureza, com base nessa premissa surge à compreensão da relevância do trabalho para o desenvolvimento da sociedade e o conseqüente caráter fundamental que assume o direito do trabalho. Os direitos de personalidade fundados no princípio da dignidade da pessoa humana asseguram ao indivíduo o direito de ser feliz. A busca por essa felicidade permeia a existência humana.

Contudo, na atualidade o que se vivencia são relações que acabam por precarizar as relações de trabalho, gerando efeitos nefastos a sociedade. Como forma de resistência é preciso não perder o foco de que o trabalho deve ser digno.

O trabalho deve proporcionar ao homem não somente a sua subsistência, mas a sua autoafirmação, liberdade e dignidade representando assim a base da existência humana.

O dano existencial tem a tarefa de precisar os danos imateriais, realizando uma adequada qualificação jurídica de modo a reparar integralmente os danos causados à pessoa humana em seu aspecto individual e coletivo. Deste modo, permitindo uma adequada reparação das vítimas de violações indevidas e que as pessoas não sejam tolhidas de realizar suas escolhas e usufruir o seu tempo livre como bem lhes convir e que o direito possa sancionar adequadamente os violadores destas condutas.

Amenizar o dissabor do empregado que em decorrência do trabalho sente abalos diretos na sua vida, em seus relacionamentos e planos pela via indenizatória é uma forma de tutelar a dignidade humana.

Não é mais admissível na sociedade contemporânea que certos aspectos essenciais à pessoa humana fiquem desprotegidos, especialmente quando essa falta de tutela ocorre em virtude da falta de enquadramento legal apropriado, cabendo à doutrina e a jurisprudência, esta última, mais omissa, passar a especificar e trabalhar com mais profundidade cada dano, para que não fiquem todos sob o manto do dano moral.

CIVIL LIABILITY FOR DAMAGES EXISTENCIAL IN LABOR LAW

ABSTRACT

This study aims without the intention to exhaust the theme, demonstrating the evolution of liability in the field of non-pecuniary damage, with special emphasis on the existential damage in the work environment. In this context, it makes an approach on human dignity, fundamental rights and the right personality, since they guarantee human dignity, fundamental principle of labor relations. This is also the liability where it was investigated what kinds of liabilities under the current legal framework and the evolution of the institute to protect the balance sheet damage. Relevant topics of liability were presented, institute that enables compensation for damage suffered by the victim, from the perspective of fundamental rights. We attempted to conceptualize existential damage and demonstrate its occurrence in labor. It was found that many are damaging the existence experienced by employees.

Keywords: Existential damage. Liability. Fundamental Rights.

REFERÊNCIAS

- AZEVEDO NETO, Platon Teixeira de. *O trabalho decente como um direito humano*. São Paulo: LTR, 2015.
- BARUKI, Luciana Veloso. *Riscos Psicossociais e Saúde Mental do Trabalhador: por um regime jurídico preventivo*. São Paulo: LTR, 2015.
- BEBBER, Júlio Cesar. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. *Revista LTR*, São Paulo, n. 1, p. 29, jan. 2009.
- BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti; ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. O dano existencial e o direito do trabalho. *Revista LTR*, São Paulo, v. 77, n. 4, p. 451, abr. 2013.
- BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. RR 217600-28.2009.5.09.0303. Relator: Min. Maurício Godinho Delgado. *Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho*, Brasília, 03 out. 2012.
- CASSANO, Giuseppe. *Responsabilità e danno nella famiglia dopo la nuoca filiazione*. Itália: Maggioli Editore, 2014.
- DALLAGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 5. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- DELGADO, Mauricio Godinho. *Princípios de direitos individual e coletivo do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2013.
- FACCHINI NETO, Eugenio; WESENDONCK, Tula. Danos Existenciais: “precificando” lágrimas? *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, Vitória, n. 12, p. 229-267, jul./dez. 2012.
- LUCKY, Daniela Courtes. *A reparação de danos imateriais como direito fundamental*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- MERZ, Sandro. *Manuale pratico e formulário dell’assicurazione dela responsabilità civile*. Itália: Wolters Kluwer, 2015.
- MOTA, Mírian Cristina Zaidan. *Psicologia aplicada em segurança do trabalho*. 4. ed. São Paulo: LTR, 2014.
- OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. *Proteção Jurídica à saúde do trabalhador*. 6. ed. São Paulo: LTR, 2011.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.
- SCHREIBER, Anderson. *Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos*. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. *Responsabilidade civil por dano existencial*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SÜSSEKIND, Arnaldo. Duração do trabalho. In: SÜSSEKIND, Arnaldo et al. (Org.). *Instituições de direito do trabalho*. 19. ed. São Paulo: LTR, 2000.

RESPONSABILIDADE CIVIL OBJETIVA NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: AVANÇOS E APLICABILIDADE NAS ATIVIDADES DE RISCO¹

Samoel Sander Mühl^{*}
Rodrigo Goldschmidt^{**}

RESUMO

A responsabilidade civil nas relações laborais evoluiu diante dos avanços tecnológicos nos meios produtivos. De forma conjunta com a complexidade das relações laborais, surgiram os danos decorrentes de acidentes do trabalho. Portanto, frente a este aglomerado de situações laborais, a responsabilidade civil, até então fundada no dever reparatório apoiado na culpa, precisou dar um passo adiante, pois em muitos casos a culpa passou a não ser comprovada ante a complexidade que se formou nas relações entre empregado e empregador, prejudicando a aplicação da responsabilização dos verdadeiros causadores do dano. Assim, com o advento do Código Civil de 2002, em especial, com a regulamentação do art. 927 do referido código, passou-se a instrumentalizar a reparação do dano através de uma cláusula geral de responsabilidade civil objetiva por atividades de risco, de onde derivaram através da doutrina uma série de espécies de riscos, entres eles, o risco integral, risco proveito, risco criado, risco profissional e social e risco da atividade econômica. Assim, como meio de se criar um rol de atividades econômicas que representam riscos a prestação do labor dos trabalhadores, criou-se o Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE), este mecanismo é importante, pois pode ser utilizado para responsabilização do empregador nos casos de danos decorrentes, autorizando a aplicabilidade da responsabilidade objetiva de forma justa e eficiente.

Palavras-chave: Responsabilidade civil objetiva. Teoria do risco da atividade econômica. Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE).

1 INTRODUÇÃO

A proposta inicial do presente artigo esta pautada na discussão a respeito da teoria geral da responsabilidade civil e seus avanços nos últimos tempos, o estudo apresentado serve para analisar quais são os caminhos que conduziram ao emprego da responsabilidade civil objetiva na atividade de risco.

As constantes transformações nos meios de produção e os avanços tecnológicos fomentaram a realização de atividades produtivas complexas, tudo isso, resultado da necessidade consumista da sociedade. Essas atividades desenvolvidas de forma múltipla auxiliaram no surgimento de uma variedade de danos causados aos trabalhadores, entre eles os acidentes laborais.

¹ Apoio financeiro: Programa Uniedu (Programa de Bolsas Universitárias de Santa Catarina) - Pós-graduação.
^{*} Mestrando em Direitos Fundamentais pela Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Especialista em Direito do Trabalho e Processo do Trabalho pela Associação de Magistrados do Trabalho da 12^a Região (Amatra); Bacharel em Direito pela Universidade Luterana do Brasil (Ulbra); Advogado; Rua Dr. Antônio, Haffner, 269, apto. 402, 89036-640, Água Verde, Blumenau, Santa Catarina, Brasil; samoelsander@hotmail.com
^{**} Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Pós-Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Mestre em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor e pesquisador do Programa de Mestrado em Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina; Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Fundamental ao Trabalho Digno da Faculdade de Direito da Universidade do Oeste de Santa Catarina de Chapecó; rodrigo.goldschmidt@trt12.jus.br

Com o propósito de estancar estes danos, a responsabilidade civil subjetiva ou aquiliana mostrou-se eficaz até pouco tempo; entretanto, em decorrência da complexidade industrial e comercial que se formou, esse instituto teve que evoluir de tal maneira que a ideia reparatória centrada na responsabilidade decorrente da culpa do agressor mostrou-se insuficiente em alguns casos, pois diante das novas atividades dificilmente se conseguia identificar o culpado, vindo assim a merecer destaque neural a reparação do dano de forma independente da comprovação da culpa.

Portanto, com o advento do art. 927 do Código Civil de 2002, passou-se a responsabilizar os causadores dos danos, em alguns casos, de acordo com a responsabilidade objetiva, conhecida também como teoria do risco. Essa teoria acabou ensejando uma classificação de espécies de riscos, entre eles: o risco integral, risco proveito, risco criado, risco profissional e social e o risco da atividade econômica.

Muito embora, todas as teorias a cerca do risco instrumentalizem a aplicação da responsabilidade civil objetiva e tenham por finalidade a reparação do dano, no presente trabalho será estudado com maior atenção o risco da atividade econômica, e para tanto será utilizado como parâmetro o CNAE - Classificação Nacional de Atividades Econômicas, com o propósito de demonstrar que esse mecanismo pode ser utilizado como forma de enquadramento das atividades que representam maior ou menor potencial ofensivo gerador de acidentes laborais.

A metodologia empregada para a realização do presente estudo é a pesquisa bibliográfica, buscando interpretações de vários autores, com o propósito de demonstrar como a responsabilidade civil evoluiu e de que forma seu emprego pode ajudar a reduzir os danos provocados aos trabalhadores.

2 TEORIA GERAL DA RESPONSABILIDADE CIVIL E SEUS AVANÇOS

Nos dias atuais, observa-se uma evolução no que tange a responsabilidade civil, pois a ideia reparatória do instituto tornou-se o eixo central da questão. Com isso, as discussões a respeito da culpa, do nexa causal e o dano propriamente dito deixaram de ser as bases principais, vindo a merecer destaque o fato de que se alguém sofreu um dano, este prejuízo deve ser reparado de forma independente da comprovação da culpa.

No que concerne a conceituação da responsabilidade civil quando analisada sob o enfoque do instituto jurídico, esta não possui uma definição legal. Por outro lado, de forma doutrinária, é possível conceituá-la como um sistema de regras e princípios que tem por finalidade “[...] a reparação do dano patrimonial e a compensação do dano extrapatrimonial causados diretamente ao agente - ou fato de coisas ou pessoas que dele dependam - que agiu de forma ilícita ou assumiu o risco da atividade causadora da lesão.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 80).

Extrai-se da lição em tela que a responsabilidade civil apresenta laços estritamente voltados para a reparação e/ou compensação de danos patrimoniais ou extrapatrimoniais causados ao ofendido, decorrentes de transgressões a lei ou da assunção dos riscos de uma atividade, em face das quais se gerou uma determinada lesão.

Portanto, na ocorrência de um dano ou prejuízo, a responsabilidade civil passa a ser utilizada para fundamentar a pretensão de ressarcimento por aquele que sofreu as consequências de determinado dano. Sendo assim, ela é uma ferramenta de manutenção da harmonia social, na medida em que presta um amparo jurídico ao ofendido, usando o patrimônio do ofensor para res-

tauração do equilíbrio ocorrido. Assim, além de punir a conduta do ofensor e dar amparo à vítima, a responsabilidade civil serve como um meio de desestimular o agressor. Além disso, o agressor pode prever o quanto terá que pagar para restaurar a situação que ele afetou com seu ato ou omissão (OLIVEIRA, 2011, p. 281).

Dito isso, é possível observar uma nova tendência de responsabilização civil que independe da existência do elemento culpa. A principal inovação a respeito veio estampada no Código Civil de 2002 ao prever em seu art. 927 uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco:

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, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem. (NOVO CÓDIGO CIVIL, 2003, p. 144).

Contudo, quando tratamos da responsabilidade civil, não há como não se fazer referência específica ao dano. Isto porque não existe o dever de indenizar se não houver o dano. De forma originária o fundamento da responsabilidade civil era inseparável do ato ilícito. No entanto, face aos avanços do instituto, passou-se a aceitar hipóteses específicas de responsabilidade civil mesmo ausente o elemento de culpa, vindo a ser reforçada a ideia da responsabilidade civil atrelada ao dever objetivo de indenizar (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 78).

Nestes termos, anota Schreiber (2011, p. 11-12): “[...] o estágio atual da responsabilidade civil pode ser descrito justamente como um momento de *erosão dos filtros tradicionais* da reparação, isto é, de relativa perda de importância da prova da culpa e da prova do nexo causal como obstáculo ao ressarcimento dos danos.”

Nota-se então que a preocupação atual está voltada para a reparação do dano de forma independente da comprovação do elemento culpa, entretanto, “[...] num plano ideal de funcionalização dos conceitos e de respeito ao meio ambiente de trabalho e à dignidade humana do trabalhador, a *prevenção* deve sempre preferir à indenização do *dano*.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 80).

Portanto, “[...] o meio ambiente de trabalho que se refuta fática e juridicamente adequado é aquele que proporciona proteção à saúde e à segurança do trabalhador visando a melhor qualidade de vida possível.” (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 209).

Ademais, é importante frisar que “[...] o meio ambiente de trabalho adequado e seguro tornou-se um direito fundamental do trabalhador, e a negligência a esse respeito acarreta danos à sociedade, por essa ser responsável em manter os custos a saúde pública e a previdência social.” (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 210).

Assim, a proteção do meio ambiente do trabalho como direito fundamental ao trabalhador está estampado na Carta Constitucional, no *caput* do art. 225, onde se garante que todos têm direito ao meio ambiente equilibrado. Além do mais, no parágrafo 3º do referido artigo, faz-se menção específica de que as condutas e atividades lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores a sanções, de forma independente da obrigação reparatória dos danos ocasionados. Vale registrar que quando o texto constitucional se refere ao meio ambiente, ele está se referindo também ao meio ambiente laboral.

No que se refere a “[...] evolução da seguridade social, parte da doutrina passou a admitir que o risco atinente ao infortúnio laboral deva ser social, ou seja, suportado pela coletividade e, não exclusivamente pelo empregador.” Esta interpretação está fundada na ideia de que as empresas possuem uma função social, ou seja, devem criar bens e empregos à sociedade, e, portanto, deve haver uma divisão de responsabilidades por toda a comunidade (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 96).

Com isso, torna-se perceptível que o Direito ao Trabalho em condições mínimas e seguras são direitos fundamentais ao trabalhador e que quando não se dá o devido respeito ao indivíduo como pessoa, respeitando-se as normas de higiene e segurança do trabalho, a própria sociedade terá que arcar com as despesas relativas à prestação da saúde através dos programas atinentes.

Nessa esteira, não se pode permitir que os danos causados aos trabalhadores se tornem gastos a serem suportados por toda sociedade, fomentando-se a aplicação de recursos públicos na recuperação e manutenção da saúde. Esses recursos poderiam ser utilizados perfeitamente em outras áreas (educação, cultura, esporte, etc.), inclusive, na própria prevenção e precaução dos danos.

Além do mais, a eliminação futura dos riscos de danos encontra seu instrumento na instituição de deveres de comportamentos prévios, na grande maioria das vezes através de normas legais ou regulamentadoras. Com isso, os setores econômicos passam a ter uma regulação legislativa intensa de acordo com suas especificidades produtivas. Pretende-se a par disso, administrar de forma satisfatória os riscos de acidentes. De forma adicional, faz-se necessário que haja uma fiscalização eficiente por parte do poder público no que se refere ao cumprimento das normas estabelecidas, principalmente pelos agentes econômicos que detém o maior potencial lesivo. Não havendo a fiscalização, todas as normas regulamentadoras atinentes se tornam em vão (SCHREIBER, 2011, p. 228).

Constata-se que as ferramentas de precaução e prevenção cumprem um importante papel como forma de prevenir e evitarem o surgimento de danos, em especial, os decorrentes de acidentes laborais. Entretanto, para que tais medidas possam atingir seus objetivos, é imprescindível que o Estado cumpra com os seus deveres, tanto no aspecto legislativo, com a criação e implementação de novas normas regulamentadoras de condições seguras de trabalho, como no aspecto fiscalizatório das normas jurídicas já existentes.

Retomando a questão da responsabilidade civil, no âmbito constitucional a Carta Magna de 1988 delineou novos rumos, não apenas em hipóteses específicas (art. 7º, XXVIII; art. 21, XXIII; art. 37, § 6º), mas também “[...] pela inauguração de uma nova tábua axiológica, mais sensível à adoção de uma responsabilidade que, dispensando a culpa, se mostrasse fortemente comprometida com a reparação dos danos em uma perspectiva marcada pela solidariedade social.” (SCHREIBER, 2011, p. 228).

Assim, é possível afirmar que “[...] a responsabilidade civil, outrora insuficiente para atender a reparação do dano, evolui em seus fundamentos para alcançar, em número maior, a reparação das lesões existentes.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 90).

Sendo assim, observa-se um deslocamento do pensamento jurídico em direção à aplicação da responsabilidade objetiva, principalmente nos casos que tratam das matérias que envolvem maior alcance social. Portanto, a responsabilidade civil que utiliza como parâmetro a culpa acaba cedendo espaço para um objetivo maior, ou seja, a reparação propriamente dita do dano, com a restauração dos malefícios causados de forma independente de estar comprovada a culpa, tudo isso, com o objetivo de construir uma sociedade livre, justa e solidária, com redução da pobreza

e da marginalização de acordo com o disposto no art. 3º da Constituição Federal (OLIVEIRA, 2011, p. 305).

Godoy (2010, p. 24) aponta no mesmo sentido: “[...] o dano reduz o ofendido a uma situação de desigualdade, a qual precisa ser reequilibrada, pressuposto do solidarismo que, também ele, constitui elemento axiológico básico do ordenamento, na Constituição Federal levado ao texto do art. 3º, I [...]”

De todo modo, passou-se a desvincular a indenização do ato ilícito, dando-se prioridade a reparação do dano em relação à vítima que ficava em um plano secundário e que tinha o ônus da prova da culpa, portanto, a vítima passou a ser o sujeito protegido de forma prioritária. Dessarte, a obrigação de indenizar em virtude da nova teoria do risco, passa a ser independente da prova da existência da culpa do ofensor. Por derradeiro, observa-se um avanço jurídico, principalmente pelo fato de que o dever de indenizar torna-se exigível mesmo que ausente à comprovação da culpa do ofensor (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 90).

Em função do que se expôs até aqui, é importante para este trabalho o estudo da responsabilidade civil pelo risco da atividade, tendo em vista os novos caminhos pelos quais estão sendo desenhados para a reparação dos danos, assim, passa-se a análise dessa teoria.

3 RESPONSABILIDADE OBJETIVA COM EMBASAMENTO NA TEORIA DO RISCO DA ATIVIDADE

A doutrina e as leis recentes apresentam uma tendência em empregar a responsabilidade objetiva, também conhecida como teoria do risco, com maior frequência. Este reflexo é resultado das constantes transformações e das necessidades que a sociedade vem enfrentando, bem como, pela dificuldade de produção da prova a respeito da culpa do ofensor em relação ao ofendido.

Entre as mais variadas alterações na sociedade, “[...] a produção industrializada e o desenvolvimento das atividades da indústria e de risco fizeram proliferar a potencialidade da ocorrência de acidentes, de danos chamados anônimos, em que dificilmente se conseguia identificar um culpado.” (GODOY, 2010, p. 29).

No que se refere à responsabilidade civil objetiva a ser aplicada nas relações de trabalho a doutrina apresenta algumas espécies de teorias relacionadas aos riscos, entre elas estão: risco integral, risco proveito, risco criado, risco profissional e social e risco da atividade econômica.

Muito embora, a análise centre-se na a teoria do risco da atividade econômica, faz-se necessária uma breve explanação das demais teorias do risco de forma sucinta, pois todas elas propõem o mesmo objetivo, qual seja, o de responsabilizar o agressor. Dito isso, inicia-se a análise pela teoria risco integral.

De acordo com dita teoria, como o próprio nome sugere, ela parte do pressuposto de que “o agente deve suportar integralmente os riscos, devendo indenizar o prejuízo ocorrido, independente da investigação da culpa, bastando à vinculação objetiva do dano a determinado fato”. Cabe enfatizar que a tese mencionada não foi recepcionada pelo direito privado, além de ter recebido duras críticas pelos defensores da teoria subjetiva que entendem que a teoria seria totalmente injusta (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 93).

Conforme Godoy, a teoria do risco integral é resultado de uma “[...] revelação da causalidade pura. Ou seja, a causalidade substitui a culpa sem nenhum elemento qualificador que a ela se

agregue. A configuração do dever reparatório surge só do nexos que há entre o dano e um fato humano, até mesmo independente da vontade ou da consciência do agente.” (GODOY, 2010, p. 81).

Frente a isso, a aplicação da teoria do risco integral se dá no caso de acidentes nucleares (art. 21, do inciso XXIII, alínea “d” da Constituição Federal que foi incluída pela EC nº 49/2006), bem como, nas hipóteses de danos decorrentes de atos terroristas e atos de guerra contra aeronaves brasileiras, conforme previsto nas Leis 10.309, de 22/11/2001 e a Lei 10.744, de 09/10/2003. Portanto, em ambos os casos mencionados nas leis anteriores a responsabilidade civil recai sobre o ente estatal de forma independente da existência de culpa. Outras hipóteses que retratam a aplicabilidade da teoria do risco integral é aquela prevista no artigo 225, § 3º da Constituição Federal, que assim dispõe: “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.” Além da obrigação de reparar os danos causados ao meio ambiente de forma independente da existência de culpa, pode-se também elencar o caso do Seguro Obrigatório (DPVAT - Lei 6.194/74 alterada pela Lei 8.441/92) que dispõe no art. 5º: “O pagamento da indenização será efetuado mediante simples prova do acidente e do dano decorrente, independentemente da existência de culpa, haja ou não resseguro, abolida qualquer franquia de responsabilidade do segurado.” Assim, nesta esteira observa-se que a indenização reparatória do seguro obrigatório de veículos automotores deve ser pago de forma independente da existência de culpa do condutor, bem como, nos casos em que o acidente tenha sido provocado por veículo não identificado.

Dando sequência ao estudo, de acordo com Dallegrave Neto (2008, p. 94) à teoria do risco proveito esta fundada no fato de que “[...] todo aquele que tira proveito ou vantagem do fato causador se obriga a repará-lo [...]” Como forma exemplificativa da aplicação da teoria do risco proveito, podemos citar o art. 2º da Consolidação das Leis do Trabalho que assim dispõe: “Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.” Diante disso, percebe-se que aquele que se beneficia de determinada atividade com o recebimento de um bônus, por sua vez, também tem a responsabilidade de arcar com o ônus dos efeitos danosos do desenvolvimento de uma atividade específica.

O problema da referida teoria está no limite de seu alcance no que se refere ao seu ganho, pois se questiona se ela estaria restringida a todo e qualquer ganho ou apenas em ganhos de natureza econômica. Os defensores da referida teoria se manifestaram no sentido de que “[...] não precisa ter lucro efetivo da atividade, mas eventualidade de ganho.” Tendo em vista as críticas realizadas em face desta teoria, levaram aos defensores dela a criar uma nova teoria, a do risco criado (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 94).

Há quem diga que na teoria do risco proveito

[...] o risco deve ser suportado por quem desempenhe atividade no seu proveito. Trata-se da regra clássica *ubi emolumentum, ibi onus*. Ou seja, quem tira proveito de uma atividade que se volte a obtenção de lucro, deve arcar com a responsabilidade dos danos que dita atividade cause a terceiros. (GODOY, 2010, p. 81).

Já para teoria do risco criado, há desnecessidade de qualquer exigência no sentido de que a atividade desenvolvida seja praticada de forma anormal, até porque os atos anormais provocam o abuso de direito. A hipótese aqui levantada enquadra-se no desenvolvimento de atividades lícitas, entretanto, tal atividade no seu andamento cria risco aos direitos de terceiros. Por sua vez, é possível dizer então, que a aplicabilidade de dita teoria se dá quando há “[...] uma atividade que gera risco cuja responsabilidade se atribui a quem controla e a quem seja de algum modo afeto o interesse no seu desempenho, mesmo que esse interesse não seja econômico.” (GODOY, 2010, p. 83).

De seu turno, a teoria do risco criado foi adotada pelo Código Civil de 2002, em seu parágrafo único do art. 927, sendo que assim dispõe o referido artigo: “Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente 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.”

Portando, conforme a teoria do risco criado a “[...] obrigação de indenizar está atrelada ao desenvolvimento de atividades lícitas, contudo perigosas. Quem tem por objeto negocial uma atividade que enseja perigo, deve assumir os riscos à sociedade.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 95).

Nessa senda, fica visível que quando determinadas atividades perigosas causam danos a terceiros estes danos são de responsabilidade daquele que é considerado o empreendedor, pois este controla, organiza, e tem o poder de mando, contudo, recai sobre si a responsabilidade quando da ocorrência de efeitos danosos para aqueles que estão lhe prestando a mão de obra.

Também temos a teoria do risco profissional e social, sendo uma teoria mais ampla do que a teoria do risco criado, pois essa incide tão somente nas atividades perigosas, enquanto àquela se aplica a todo empregador, na medida em que “[...] o risco sempre é suportado pela empresa, pois ela é responsável pelo desenvolvimento de atividades profissionais de seus empregados.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 95).

Noutras palavras, podemos citar como exemplo da teoria do risco profissional e social a hipótese contida no art. 7º caput, inciso XXVIII da Constituição Federal, conforme se vê a seguir: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: - seguro contra acidentes de trabalho, a cargo do empregador, sem excluir a indenização a que este está obrigado, quando incorrer em dolo ou culpa.” (BRASIL, 2001, p. 14).

Nesse sentido, a teoria do risco profissional e social serviu como embasamento para aplicação da responsabilidade civil objetiva, vindo a calhar como um meio de suprir a dificuldade na comprovação da culpa do ofensor, propiciando que o dano ocasionado ao trabalhador nos acidentes de trabalho fosse de fato restaurado com maior facilidade, de forma independente da comprovação da culpa.

Pode-se mencionar que o evento danoso passou por alterações em sua configuração pois, no âmbito do contrato de trabalho, a produção industrializada, o emprego de mercadorias perigosas, a movimentação de veículos, entre outros fatores de risco, todos favoreceram para o surgimento de inúmeros acidentes, ensejando danos às vítimas que passaram a encontrar grandes dificuldades em demonstrar a culpa do agressor, necessidade que se apresentava pelo modelo tradicional da responsabilidade civil (GODOY, 2010, p. 29).

Em nosso país a responsabilidade objetiva era vista como exceção a regra, sendo usual a responsabilidade subjetiva, restando o uso daquela apenas em casos específicos autorizados por leis especiais. Portanto, havia falta de uma norma de caráter geral da responsabilidade objetiva.

Contudo, com “[...] o advento do Código Civil de 2002, a deficiência passou a ser suprida, sendo adotada uma norma genérica aplicando-se de forma expressa a teoria do risco”, conforme se observa no art. 927 desse diploma legal (OLIVEIRA, 2011, p. 300).

Em virtude da positivação da teoria objetiva, através do artigo mencionado anteriormente, criou-se uma discussão a respeito da aplicabilidade da referida teoria nos acidentes de trabalho, surgindo duas correntes doutrinárias.

Uma dessas correntes entende que o parágrafo único do art. 927 não se aplica nas hipóteses de acidente de trabalho. Tal argumentação estaria fundada no fato de que a Carta Magna tem norma expressa estabelecendo como pressuposto da indenização a existência de culpa do empregador, conforme disposto no art. 7º, XXVIII. Por outro lado, e de forma contrária, a outra corrente doutrinária sustenta que o dispositivo do Código Civil tem inteira aplicabilidade nos casos de acidente de trabalho (OLIVEIRA, 2011, p. 301).

Neste contexto, Oliveira se filia a segunda corrente que é favorável à aplicabilidade do Código Civil com base na responsabilidade objetiva nos casos de acidente do trabalho. Seu argumento é de que o disposto no inciso XXVIII do art. 7º do texto constitucional deve ser interpretado em harmonia com o que está previsto no *caput* do mesmo artigo, ou seja, segundo o autor, nada impede que a lei ordinária propicie outros direitos que visem à melhoria de condição social dos trabalhadores. Logo, para o autor em tela, não resta dúvida de que a indenização a ser paga ao ofendido através do instrumento da responsabilidade civil objetiva é uma condição que visa à melhoria da condição social do trabalhador (OLIVEIRA, 2011, p. 301).

Além da inovação apresentada pelo Código Civil de 2002, a Consolidação das Leis Trabalhistas preconiza em seu art. 2º que o empregador é a empresa que assume os riscos da atividade econômica. Diante disso, não se pode olvidar que ao “[...] preconizar a assunção do risco pelo empregador, a CLT está adotando a teoria objetiva, não para inexecução do contrato de trabalho, mas para a responsabilidade concernente aos danos sofridos pelo empregado em razão da mera execução regular do contrato de trabalho.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 90).

A referida teoria se consolida de tal forma que acaba beneficiando de “[...] sobremaneira a vítima porquanto basta à comprovação da ocorrência do dano e do nexos causal para gerar o direito a indenização.” (OLIVEIRA, 2011, p. 300).

Assim, com base na teoria do risco da atividade econômica que está estampado no art. 2º da CLT é possível afirmar que “[...] o empregador se responsabiliza por todos os ônus exigidos para viabilizar a empresa não podendo o empregado concorrer com qualquer risco ou prejuízo.” Além disso, o fundamento para aplicabilidade da responsabilidade objetiva na esfera do trabalho, não se restringe tão somente ao disposto no art. 2º da CLT que conceitua o empregador, nem mesmo na teoria do risco proveito. Ela decorre do “[...] *solidarismo constitucional*, traduzido pelo plexo normativo-axiológico de valorização da dignidade humana e nos fundamentos da ordem econômica: função social da propriedade, primado do trabalho, proteção ao meio ambiente e busca do pleno emprego.” (DALLEGRAVE NETO, 2008, p. 98).

Contudo, a falta de definição quanto às atividades abrangidas pelo art. 927 do Código Civil pode provocar perante os operadores do direito certo grau de dificuldade inicial na definição do que se entende por “atividade de risco”. Isso se deve ao fato de que após a promulgação do Código, passou-se a discutir quais atividades que normalmente desenvolvidas podem implicar risco para os direitos de outrem. Neste sentido, parece que qualquer atividade desempenhada re-

presenta algum tipo de risco, no entanto, o legislador procurou se referir as atividades que “[...] trazem risco elevado, risco provável, verdadeiro perigo de dano - o que, sem embargo de esclarecimento, não soluciona todas as dúvidas suscitadas pela expressão.” (SCHREIBER, 2011, p. 24).

De qualquer forma, nos casos de acidente de trabalho, a aplicabilidade ou não da responsabilidade civil objetiva deve ser analisada de forma casuística, “[...] considerando a natureza da atividade do empregador, ou seja, o grau específico de risco da sua atividade, daí a expressão explicativa colocada no texto legal por sua natureza.” (OLIVEIRA, 2011, p. 302).

Assim, de acordo com as ressalvas existentes no texto normativo, não deve ser aplicada a responsabilidade objetiva em todos os casos em que se derem os acidentes. Isto se deve ao fato de que todos os indivíduos estão expostos a determinados riscos, entretanto, em certas atividades o trabalhador está sujeito a um grau maior de probabilidade de ocorrência de acidentes (OLIVEIRA, 2011, p. 302).

Enfim, o propósito do art. 927 do Código Civil é o de impor o dever responsabilizar utilizando-se por parâmetro “[...] o elevado risco produzido por certa atividade, o que não se verifica em qualquer espécie de serviços, mas apenas naquelas hipóteses em que houver uma alta possibilidade de dano.” (SCHREIBER, 2011, p. 25).

Com isso, para que se tenha um rol de atividades que representam maior ou menor risco para a saúde dos trabalhadores é possível utilizar, de forma supletiva, a legislação previdenciária, “[...] onde o cálculo da contribuição devida por cada empresa para custeio de benefícios relacionados a acidentes de trabalho varia conforme a classificação do risco da atividade econômica desenvolvida.” (SCHREIBER, 2011, p. 27).

Assim, frente às questões suscitadas percebe-se a necessidade de um parâmetro para enquadrar quais atividades são abrangidas pela hipótese do art. 927 do Código Civil, ensejando com isso, a aplicabilidade da responsabilidade civil de forma justa e correta, tendo em vista, a reparação da vítima.

Neste sentido, torna-se necessária a análise da norma que classifica o risco da atividade econômica, por constituir um possível instrumento útil para aplicar a responsabilidade objetiva de forma eficiente e justa, calcada em critério racional e científico. Nesse afã, passa-se ao exame do Classificação Nacional de Atividades Econômicas (CNAE).

4 CLASSIFICAÇÃO NACIONAL DE ATIVIDADES ECONÔMICAS (CNAE)

O significado do “CNAE” é: Classificação Nacional de Atividades Econômicas. Por intermédio dela as atividades econômicas são separadas em três graus de risco, consoante uma listagem elaborada sob a coordenação da Secretaria da Receita Federal e orientação técnica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), o qual procede uma análise de dados estatísticos relativos a acidentes de trabalho em determinado ramo produtivo.

Nesta senda, o cálculo da contribuição devida pela empresa para custeio de benefícios relacionados aos acidentes de trabalho tem variação de acordo com a classificação do risco da atividade econômica desenvolvida.

Com essa premissa, o art. 202 do Regulamento da Previdência Social prevê o pagamento de um por cento para a empresa que desenvolve atividades em que o risco de acidente seja considerado leve. Nos casos em que o risco de acidente laboral é considerado médio o percentual

aplicado pela norma em questão é de dois por cento, enquanto que, nos casos em que o risco da atividade for considerado grave o percentual devido é de três por cento (SCHREIBER, 2011, p. 27).

Numa primeira análise, parece ser justa a graduação da alíquota que incide sobre as empresas que desenvolvem atividades em maior potencial lesivo. Porém, sobre outro enfoque, este custo adicional acaba compondo o preço do produto ou serviço final produzido pelas empresas. Assim, de forma indireta, quem paga esta conta é o consumidor final, ou seja, a sociedade como um todo.

Os governos federais, estaduais e municipais utilizam a classificação do CNAE com o propósito de “[...] melhorar a utilização dos sistemas de informação dos estados, permitindo uma maior integração entre eles, possibilitando inclusive, que se façam análises comparativas das ações executadas pelo setor público em diversas esferas e em outros países.” (CRISTOVA; GOLDSCHMIDT, 2013, p. 211).

Com efeito, observa-se no âmbito das relações internas entre empregado e empresa, que já existe um parâmetro que pode ser usado para verificar o grau de risco da atividade que se está desenvolvendo. Além disso, “[...] nada impede que uma classificação semelhante seja elaborada com base nas estatísticas de acidentes sofridos por terceiros em decorrência da cada atividade econômica para fins de aplicação do art. 927, parágrafo único do Código Civil.” (SCHREIBER, 2011, p. 27).

A par disso, vejamos o entendimento jurisprudencial do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, em se tratando do percentual a ser aplicado de acordo com o risco da atividade econômica:

PREVIDÊNCIA. PERCENTUAL DA ALÍQUOTA SAT. O grau do risco considerado para fins de enquadramento da alíquota SAT é o da atividade preponderante da empresa. Nas empresas cujas atividades preponderantes o risco de acidente de trabalho é considerado médio, como por exemplo, as empresas da área de fabricação de artefatos têxteis, incluindo tecelagem, o anexo V do Decreto 3048/1991 estabelece a alíquota SAT de 2%. Recurso provido. (JUS BRASIL, 2008).

Em contrapartida, o Tribunal Regional do Trabalho da 20ª Região tem aplicado a responsabilidade objetiva através da teoria do risco, visando responsabilizar o empregador nas atividades de risco, conforme observamos a seguir:

DANO MORAL - ALEGAÇÃO DE FATO DE TERCEIRO - APLICAÇÃO DA TEORIA DO RISCO ADMINISTRATIVO - RESPONSABILIDADE OBJETIVA DO EMPREGADOR - PROCEDÊNCIA. Não se há falar em fato de terceiro quando resta evidenciado que no momento do infortúnio o autor estava a serviço da empresa e em defesa do patrimônio desta, oportunidade em que fora lesionado na região lombar por projéteis oriundos de disparos de arma de fogo, efetuados por meliantes que tentavam invadir o local, acarretando-lhe lesões corporais. Assim, e ante a evidência de que o trabalho como vigia enquadra-se como atividade de risco, incidente é a aplicação da responsabilidade objetiva, em casos tais, nos termos do art. 927, parágrafo único, do C.C, devendo ser reformada a sentença para reconhecer o fato gerador do dano moral e a indenização correspondente. (JUS BRASIL, 2009).

Com isso, foi possível verificar que a responsabilidade civil objetiva pode ser aplicada com maior precisão e se obter bons resultados, tudo isso, visando responsabilizar as empresas que apresentam elevado risco por certa atividade desenvolvida e nas hipóteses que for constatado a

ocorrência de determinado dano, utilizando-se da base de dados estatísticos relativos aos acidentes de trabalho, inclusive, através da Classificação Nacional de Atividades Econômicas.

5 CONCLUSÃO

De acordo com o explanado, verificou-se que as relações laborais se tornaram complexas e de forma paralela houve o aumento do potencial lesivo dos danos ocasionados aos trabalhadores, entre eles, os acidentes laborais.

A responsabilidade civil, como meio de indenizar os danos provocados aos trabalhadores, partia, até pouco tempo, da comprovação da culpa para atribuir a responsabilidade ao verdadeiro causador da lesão. Entretanto, diante da imensidão de atividades complexas desenvolvidas pelos mais variados segmentos da sociedade, esta comprovação da culpa tornou-se difícil para os operadores do direito, exigindo da responsabilidade civil um passo mais ousado.

Este avanço no campo reparatório se deu através do advento da criação do novo Código Civil de 2002, em especial através do seu art. 927, havendo a instrumentalização da reparação do dano com uma cláusula geral de responsabilidade objetiva por atividades de risco, fazendo com que a doutrina criasse uma série de teorias a respeito dos riscos das atividades desenvolvidas, havendo entre todas as teorias de risco um ponto em comum: a busca pela reparação do dano ocasionado ao ofendido.

Muito embora, o novo Código Civil de 2002 tenha disposto no parágrafo único do artigo 927 o dever de reparar de forma independentemente da comprovação da culpa, nos casos em que a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, riscos para os direitos de outrem, ficou o impasse de quais atividades realmente apresentam um grau acentuado de risco para os trabalhadores.

Diante disso, a Classificação Nacional das Atividades Econômicas (CNAE) é um importante mecanismo que pode ser manuseado com o propósito de identificar quais são as atividades que representam um risco acentuado para os trabalhadores e, por conta disso, no caso de danos decorrentes, autorize aplicar a responsabilidade objetiva de forma justa e eficiente.

Além disso, podem ser criados outros estudos estatísticos com fim de relacionar as atividades que integram as atividades abrangidas pelo artigo 927 do Código Civil, podendo assim, a reparação civil cumprir com seu papel primordial, consistente em reparar adequada e prontamente a vítima.

STRICT LIABILITY IN LABOR RELATIONS: ADVANCES AND APPLICABILITY IN RISK ACTIVITIES

ABSTRACT

The liability in industrial relations evolved before technological advances in production means. Jointly with the complexity of labor relations, emerged damage resulting from occupational accidents. So, faced with this cluster of work situations, liability, hitherto founded in reparatory duty supported guilt, had to take a step forward, because in many cases the blame spent unless proven at the complexity that has formed in relations between employee employer, prevent the application of the accountability of the true cause of the damage. So with the advent of the Civil Code of 2002, in particular the regulation of art. 927 of the Code, went to instrumentalize the repair of damage through a general principle of objective liability for risk activities, from which derived the doctrine through a number of species of risks, entres them, the full risk, profit, created risk, professional and social risk and risk of economic activity. Thus, as a means of creating a list of economic activities that pose risks to provide the workers' labor, created the CNAE - National Classification of Economic Activities, this mechanism is important because it can be used

for employer accountability in cases of damage caused by allowing the applicability of strict liability fairly and efficiently.

Keywords: Objective liability. Risk theory of economic activity. NCEA - National Classification of Economic Activities.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. 27. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.

BRASIL. Lei n. 6.194/74, de 19 de dezembro de 1974. Dispõe sobre Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por veículos automotores de via terrestre, ou por sua carga, a pessoas transportadas ou não. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 19 dez. 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L6194.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 8.441, de 13 de julho de 1992. Altera dispositivos da Lei n. 6.194, de 19 de dezembro de 1974, que trata do Seguro Obrigatório de Danos Pessoais causados por Veículos Automotores de Vias Terrestres (DPVAT). *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 13 jul. 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCivil_03/leis/L8441.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 10.309, de 22 de novembro de 2001. Dispõe sobre a assunção pela União de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas ou atos de guerra contra aeronaves de empresas aéreas brasileiras. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 22 nov. 2001. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LEIS_2001/L10309.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

BRASIL. Lei n. 10.744, de 09 de outubro de 2003. Dispõe sobre a assunção, pela União, de responsabilidades civis perante terceiros no caso de atentados terroristas, atos de guerra ou eventos correlatos, contra aeronaves de matrícula brasileira operadas por empresas brasileiras de transporte aéreo público, excluídas as empresas de táxi aéreo. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 09 out. 2003. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/l10.744.htm>. Acesso em: 26 maio 2015.

CARRION, Valentin. *Comentários à consolidação das leis do trabalho*. 33. ed. São Paulo: [S.n.], 2008.

CRISTOVA, Karine Gleice; GOLDSCHMIDT, Rodrigo. Direito do trabalho efetivo: homenagem aos 30 anos da AMATRA 12. In: KÜLZER, José Carlos et al. (Coord.). São Paulo: LTR, 2013.

DALLEGRAVE NETO, José Affonso. *Responsabilidade civil no direito do trabalho*. 3. ed. São Paulo: LTR, 2008.

GODOY, Cláudio Luiz Bueno de. *Responsabilidade civil pelo risco da atividade: uma cláusula geral no Código Civil de 2002*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

JUS BRASIL. RO 104347 PB 00334.2008.023.13.01-4. Julgamento em: 17 dez. 2008. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/busca?q=PERCENTUAL+DA+AL%C3%8DQUOTA+SAT>>. Acesso em: 28 abr. 2015.

JUS BRASIL. TRT-20 - RECORD: 768855320065200005 SE 0076885-53.2006.5.20.0005. Publicado em: 30 set. 2009. Disponível em: <<http://trt-20.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/7446255/recurso-ordinario-record>>. Acesso em: 31 maio 2015.

NOVO CÓDIGO CIVIL. Lei n. 10.406, de 10 de janeiro de 2002. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

OLIVEIRA, Sebastião Geraldo de. Proteção jurídica à saúde do trabalhador. 6. ed. São Paulo: LTR, 2011.

SCHREIBER, Anderson. Novos paradigmas da responsabilidade civil: da erosão dos filtros da reparação à diluição dos danos. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

