

POBREZA E DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

“Sabe-se que o direito não tem condições de mudar atitudes dos membros de uma sociedade, podendo, no limite, influir determinados comportamentos. Todavia, uma sociedade pode mudar as leis que a regem e obrigar o Estado a cumprir objetivos que escolheu, livremente, no pacto constitucional.



Recolhendo Carvão" - Nicolai Kasatkin - pintor russo (1859-1930)

“

Portanto, a tarefa de tornar efetivas as disposições constitucionais relativas a direitos sociais cabe à sociedade, cujos membros elegem periodicamente e com liberdade os seus representantes

”

Renan Studart Quintas & Neide Teresinha Malard

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília - IESB

R454

Revista de Direito: trabalho, sociedade e cidadania [online]/ Curso de Direito, Centro Universitário IESB. – v.9, n.9, (jan./jun.2021) - Brasília: IESB, 2021.

Semestral

ISSN: 2448-2358

Disponível em: iesb.br/revistadedireito/

1.Trabalho. 2.Cidadania. 3.Sociedade. 4.Democracia. I. Departamento de Direito. II. Centro Universitário IESB. IV. Título.

CDU 340(05)

ÍNDICE

POBREZA E DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

Renan Studart Quintas; Neide Teresinha Malard, p. 4

**RACISMO, EXCLUSÃO SOCIAL E DIGITAL EM TEMPOS DE PANDEMIA E O IMPACTO NAS
RELAÇÕES DE TRABALHO: UM ESTUDO PROSPECTIVO**

Sérgio Rodrigo dos Santos; Augusto César Leite de Carvalho, p. 30

**OS ESTABELECIDOS E OS OUTSIDERS: UMA ANÁLISE METODOLÓGICA NO UNIVERSO
SOCIAL NA VISÃO DE NORBERT ELIAS**

Fabricio dos Reis Brandão, Any Ávila Assunção, p. 48

CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: DIREITO, MERCADO E LIBERALISMO

Kadmo Silva Ribeiro; Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres, p. 65

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SINDICALISMO NO BRASIL

Thiago Augusto Brandão Nunes Ribeiro, José Rossini Campos do Couto Corrêa, p. 81

**AS FERRAMENTAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (14.133/2021) PARA
EVITAR A INADIMPLÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE
TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA**

Bruno César Gonçalves Teixeira; Ulisses Borges de Resende, p. 104

**ANÁLISE ECONÔMICA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR:
A EFICIÊNCIA DAS DECISÕES NO ÂMBITO DA CÂMARA DE RECURSOS DE PREVIDÊNCIA
COMPLEMENTAR**

Desiree Paes Liger, Douglas Henrique Marin dos Santos p. 142

**CONCESSÃO E REVISÃO PELO INSS DE APOSENTADORIAS POR INVALIDEZ À PESSOAS
COM HIV/AIDS: A AVALIAÇÃO BIOPSISSOCIAL COMPLEMENTAR À PERÍCIA MÉDICA
COMO MECANISMO DE APROXIMAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA
HUMANA**

Jean Rodrigues Oliveira; Márcio Evangelista Ferreira da Silva, p. 174

**COLETA DE DADOS INFANTIS E A AFRONTA À PRIVACIDADE INFANTIL PREVISTA NA
LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD**

Caroline Henriques Mota Balduino Santos; Paulo José Leite Farias, p. 193

POBREZA E DESIGUALDADE SOCIAL NO BRASIL

Renan Studart Quintas

Graduado em Ciências Econômicas pela Universidade Católica de Brasília (1990). Atualmente é assessor legislativo júnior - Senado Federal. Bacharel em Direito pelo Centro Universitário IESB.

Neide Teresinha Malard

Doutora em Direito Econômico pela Universidade Federal de Minas Gerais (2003); mestra em Direito pela Universidade de Brasília (1996); mestra em Direito pela Faculty of Law - University of London (1990). Pós-graduada pela Faculdade de Direito da Universidade de Estocolmo, Suécia (1974). Graduada pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (1971). Atualmente é Professor Titular do Instituto de Educação Superior de Brasília – IESB; advogada.

Resumo

O binômio pobreza/desigualdade social constitui problema crônico da sociedade brasileira, que tem raízes na escravidão e na exclusão produtiva dos libertos. Ao longo da história constitucional brasileira, as elites dominantes obtiveram a mais completa proteção de seus interesses, em detrimento da vasta maioria da população. O presente trabalho trata da pobreza no Brasil, com base em indicadores oficiais, tendo por objetivo demonstrar a extrema desigualdade no país, não obstante a promulgação da Constituição de 1988, que elegeu a justiça social como finalidade da ordem econômica.

Palavras-chaves: Pobreza/desigualdade. Pobreza no Brasil. Constituição 1988. Justiça Social. Ordem econômica.

Abstract

The poverty/social inequality binomial is a chronic problem in Brazilian society, which is rooted in slavery and the productive exclusion of freed slaves. Throughout Brazilian constitutional history, the ruling elites have obtained the most complete protection of their interests, to the detriment of the vast majority of the population. The present work deals with poverty in Brazil, based on official indicators, aiming to demonstrate the extreme inequality in the country, despite the promulgation of the 1988 Constitution, which elected social justice as the purpose of the economic order.

Kayord: Poverty/social inequality. Poverty in Brazil. Constitution 1988. Social justice. Economic order

SUMÁRIO 1. Introdução; 2. A pobreza histórica no Brasil e a exclusão social pela ordem jurídica 2.1. A pobreza histórica do Brasil; 2.2. A Exclusão Social pela Ordem Jurídica; 2.2.1. As Constituições como Instrumentos de Exclusão; 3. Indicadores nacionais e regionais de pobreza;

4. Da pobreza à desigualdade. 5. Pobreza e carência de serviços públicos; 6. Considerações finais; Referências.

1. Introdução

A pobreza é um fato social que muito tem interessado ao Direito nas últimas décadas, sobretudo depois que a ciência jurídica se aliou a outras ciências humanas, como a sociologia, a economia e a filosofia, por exemplo, as quais desde muito tempo se preocupam com esse fenômeno, que passou a ser estudado multidisciplinarmente.

No Brasil, estudos sobre a pobreza têm sido mais comuns nos cursos de economia, sociologia e assistência social, sendo, no entanto, pouco discutido o tema nos cursos jurídicos, que mais se dedicam aos direitos de propriedade, às liberdades públicas e aos direitos sociais dos incluídos no mercado de produção de bens e serviços. A pouca atenção ao direito dos pobres a um mínimo existencial talvez explique a razão pela qual, passados mais de 30 anos desde a Constituição de 1988, o Brasil não conseguiu superar a pobreza extrema, figurando, ademais, entre os dez países mais desiguais do planeta.

Sob o aspecto jurídico, a pobreza sempre foi relegada, mesmo depois da Constituição de 1988, que se propôs a erradicá-la, demonstrando-se com isso, em relação à sociedade brasileira e aos políticos que a representam, a mais total incapacidade de reagir, ainda que minimamente, contra os índices crescentes da miséria entre brasileiros e o aprofundamento da exclusão social no país.

A pobreza, para os fins a que se propõe este estudo, é definida pelo Banco Mundial como a situação econômica de alguém que percebe menos de US\$ 5,5 por dia, o que, na moeda nacional, seria algo em torno de R\$ 825,00 mensais (US\$ 1 = R\$5,00). Esse montante, porém, pode ser considerado generoso, se comparado àquele

fixado no Plano Brasil sem Miséria, componente das políticas públicas do governo federal para erradicação da pobreza, que qualifica como pobre a pessoa que ganha até R\$ 89 mensais.¹

Definida nesses termos a pobreza, não é difícil imaginar o estado de carência em que vive uma pessoa que depende dessa ínfima renda para sobreviver; todavia, não é fácil compreender a insensibilidade das pessoas que não são pobres em relação à pobreza. Talvez tal indiferença tenha a ver com o fato de que os homens estejam mais propensos a se simpatizarem com a riqueza do que tornar visível a pobreza, o que seria humilhante, como bem realça Adam Smith em sua teoria moral².

Todavia, esse não é o Smith reverenciado pelos liberais econômicos, que focam suas ideias e estudos, não na Teoria dos Sentimentos Morais, mas na Riqueza das Nações, onde encontram o germe de uma sociedade economicamente hierarquizada, interessada apenas no lucro e na concentração do capital, e não na pobreza que aumentava a cada dia em decorrência da acumulação capitalista da riqueza nas mãos de poucos e a submissão dos trabalhadores a condições deploráveis de vida. É no contexto de uma verdadeira vassalagem industrial que são criadas leis para favorecer os interesses das elites industriais e legitimar privilégios dos capitalistas, ao tempo em que se desvalorizava o trabalho na composição da matriz econômica então vigente, dando-se origem, assim, aos bolsões de pobreza.³

O liberalismo econômico preconizado por Smith só veio enfrentar um contraponto mais de um século depois, quando Karl Marx elaborou sua teoria da

¹ Esse valor, por pessoa, é utilizado como referencial para a inclusão de famílias no Programa Bolsa Família. Secretaria Especial do Desenvolvimento Social - <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/como-funciona/como-funciona> - Acesso em: 25/10/2019

² SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

³ BEM, Anderson – Resenha sobre o Capítulo. “ A Chamada Acumulação Primitiva” da obra de “O Capital de Karl Marx – Revista Perspectiva Geográfica – março de 2006.

exploração capitalista, à época em que a matriz de acumulação infinita já criara raízes nas sociedades industrializadas. Foi Marx o primeiro a perceber que o capitalismo provocara o rompimento dos camponeses com seu principal meio de subsistência, a terra, promovendo a dissociação que existia entre trabalhador e propriedade, o que só viria a ser solucionado pela luta de classes e a conquista do poder pelo operariado, para por fim à ganância dos capitalistas. As ideias de Marx funcionaram como contrapeso ao ímpeto capitalista pelo lucro desenfreado, à custa dos trabalhadores, que se envolveram em lutas contundentes para obter conquistas sociais.

No Brasil, o modelo capitalista que inspirou a formação da estrutura produtiva nacional, constituída de grandes latifúndios e de uma indústria ainda latente, aqui encontrou mão de obra desqualificada e desassistida, que incluía os escravos libertos e abandonados à própria sorte, que passaram de bens de produção dos senhores de engenho a miseráveis excluídos, sem a menor condição de inserção na matriz produtiva que então se instalava. Cultivou-se, assim, o campo fértil para se manter a pobreza no âmbito de uma sociedade elitista, aristocrática e centralizadora.

2. A pobreza histórica no Brasil: a exclusão social pela ordem jurídica

2.1. A pobreza histórica no Brasil

A pobreza sempre esteve presente na história da humanidade, sendo, no entanto, incompreensível que esse fenômeno não tenha arrefecido sob o capitalismo, o único sistema econômico que, até os dias atuais, conseguiu produzir substancial riqueza.

Tomando-se o cenário pós Revolução Industrial do século XIX, verifica-se que os países precursores dessa nova era apropriaram-se da tecnologia e dos modos de

produção de bens com maior valor agregado, tendo as nações da periferia assumido a tarefa de fornecer matérias primas, como é o caso do Brasil, que assumiu o papel de exportador de minérios e produtos agrícolas, como café, algodão e borracha, além de alguns poucos insumos demandados pelas economias centrais.

O modelo econômico de exploração, produção e exportação de matérias primas e insumos básicos para os países centrais da Europa e os Estados Unidos alijou do incipiente processo de industrialização brasileiro praticamente toda a população negra que se libertara tardiamente da escravidão, bem como a população pobre não negra que habitava tanto os centros urbanos quanto o interior do Brasil.

Assim, como bem observa Patto⁴, o caráter humanitário do movimento abolicionista, pautado pelo lema liberal da "liberdade, igualdade, fraternidade", não passara de mera aparência, porquanto promovido principalmente por brancos ou negros cooptados pela elite branca, tendo ficado os negros abandonados à própria sorte.

Acresçam-se à falta de uma política abolicionista que prestasse aos escravos libertos algum tipo de auxílio, as medidas imigratórias adotadas no final do século XIX e início do século XX contribuíram de forma significativa para o aumento da pobreza e o desequilíbrio social, porquanto a vinda de imigrantes, sobretudo italianos, alemães e japoneses, promoveu um verdadeiro apartheid social, marginalizando a população pobre, formada em sua maioria de negros recém libertados.

⁴ PATTO, Maria Helena Souza. Estado, ciência e política na Primeira República: a desqualificação dos pobres. *Estud. av.*, São Paulo, v. 13, n. 35, p. 167-198, Apr. 1999. Available from <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0103-40141999000100017&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 20 de Maio de 2019. <http://dx.doi.org/10.1590/S0103-40141999000100017>.

Nesse sentido, Lara⁵ assevera que a exaltação do imigrante branco e a ideia de que o negro seria incapaz para o trabalho formam a base das teses formuladas por sociólogos e historiadores do século XX sobre a transição do trabalho escravo para o trabalho livre, substituindo-se o escravo negro pelo imigrante italiano. É a partir dessa matriz preconceituosa e excludente que se desenvolve e acentua a desigualdade no Brasil.

2.2. A exclusão social pela ordem jurídica

2.2.1. As constituições brasileiras como instrumentos de exclusão social

O modelo de exclusão social adotado pelas elites dominantes brasileiras sempre recebeu o respaldo jurídico de todas as constituições do país desde a fase imperial, à exceção da Carta de 1988, tendo todas elas consagrado privilégios na distribuição do poder e dos bens sociais, políticos e econômicos que se originaram no período colonial.

Foi somente a partir da Constituição de 1988 que a população de baixa renda e de baixa escolaridade passou a ter o direito de escolher pelo voto os seus representantes, oportunidade em que se deu aos pobres e excluídos o direito de reivindicar e defender seus interesses e, assim, tentar mudar o seu destino.

A Constituição de 1824, por exemplo, em seu art. 92, estabelecia o critério econômico para não permitir o voto nas Assembleias Paroquiais àqueles que não tivessem renda líquida anual de cem mil réis, oriunda de bens de raiz, indústria, comércio ou empregos, enquanto o art. 93 estabelecia que aqueles que não pudessem

⁵ HUNOLD LARA, Silvia. ESCRAVIDÃO, CIDADANIA E HISTÓRIA DO TRABALHO NO BRASIL. **Projeto História : Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História**, [S.l.], v. 16, set. 2012. ISSN 2176-2767. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/11185/8196>>. Acesso em: 20 maio 2019.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

votar nas Assembleias Primárias de Paróquia, também não poderiam ser membros nem votar na nomeação de qualquer autoridade nacional ou local. Já o art. 94 elencava aqueles que não poderiam ser eleitores e votar na Assembleia Paroquial: os que não tivessem renda líquida anual de duzentos mil réis originados de bens de raiz, da indústria, do comércio ou de emprego, e os libertos. Por fim, o art. 95 estabelecia àqueles que poderiam ser eleitos deputados uma restrição quanto à renda, ou seja, não poderiam eleger-se deputado os que tivessem renda líquida inferior a quatrocentos mil réis.

Nota-se dos dispositivos acima mencionados que a maioria da população estava excluída do processo eleitoral, o que se pode comprovar pelo censo demográfico de então, segundo o qual, em 1881, apenas 151.000 pessoas eram eleitores⁶, ou seja, 1,25% da população que, à época, somava 12 milhões de habitantes.

Um outro critério de exclusão social foi adotado pela Constituição de 1891, primeira carta republicana, promulgada em fevereiro daquele ano. Porém, no mês de janeiro daquele ano foi promulgado o Decreto 3.029, conhecido como Lei Saraiva, que introduziu a reforma eleitoral, proibindo o voto do analfabeto. Como observa Marchelli, até então não se discutia a questão do analfabetismo no Brasil, quando foi revelado, no primeiro recenseamento em 1872, que o país apresentava os mais altos índices de analfabetos do mundo, fato que teria motivado o referido Decreto, como incentivo para que as pessoas se alfabetizassem.⁷

⁶ NOGUEIRA, Octaviano – Constituições Brasileiras – Volume I – Secretaria de Editoração Publicações – 3ª Edição – Ed. Brasília Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015 p.46

⁷ MARCHELLI, PauloSergio. Educação **Unisinos** 10(3):187-200, setembro/dezembro 2006.

As constituições de 1934, 1937, 1946 e 1967 mantiveram a restrição quanto ao voto dos analfabetos em qualquer processo eletivo, o que só chegou ao fim com a Constituição de 1988, mais de cem anos depois.

A proibição do voto dos analfabetos, ao longo do processo de desenvolvimento do Brasil, foi circunscrevendo-se às pessoas pobres, as quais nunca tiveram amplo acesso à educação. A dimensão dessa exclusão política nos últimos cem anos pode ser aferida a partir dos dados consignados no Quadro 1 abaixo.

Percebe-se que os elevados índices de analfabetismo no Brasil deixaram à margem do processo eleitoral, nas cinco primeiras décadas do século XX, bem mais da metade da população do país, que não tinha o direito de escolher os políticos que a representasse em qualquer nível da federação. A exclusão política do processo eleitoral talvez seja a marca mais cruel da desigualdade, porquanto nega ao indivíduo o direito de escolher o seu próprio destino como cidadão e detentor de direitos.

Ano	População de 15 ou mais anos		
	População Total	nº de Analfabetos	Taxa de Analfabetismo
1900	9.728	6.348	65,25%
1920	17.564	11.409	64,96%
1940	23.648	13.269	56,11%
1950	30.188	15.272	50,59%
1960	40.233	15.964	39,68%
1970	53.633	18.100	33,75%
1980	74.600	19.356	25,95%
1990	94.891	18.682	19,69%
2000	119.533	16.295	13,63%
2010	195.700	13.933	9,6%
2019	210.000	11.000	6,6%

Quadro 1 – Analfabetismo no Brasil
Fonte: IBGE - Censo Demográfico (em milhares)

No século XIX, quando as taxas de analfabetismo chegaram a mais de 80% da população, constrói-se a matriz da exclusão social no Brasil, que se reveste tanto de

elementos econômicos quanto políticos, sob o manto protetor do ordenamento jurídico pátrio, que nunca deixou de abrigar os interesses das elites dominantes.

A profunda desigualdade social entre brasileiros foi, assim, forjada pela combinação de vários fatores, desde o fim da escravidão, quando a população negra foi abandonada à própria sorte. O baixo nível de industrialização do país empurrava os negros para o trabalho que não exigia qualificação e que lhes pagava baixíssima remuneração, a que se somavam a política de imigração e a inegável preferência dos patrões pela mão-de-obra estrangeira para preencher os postos de trabalho. Esse conjunto de fatores tinha o mais amplo abrigo nas Constituições brasileiras, que não contemplavam direitos sociais protetivos para as vítimas da concentração de renda, mas que asseguravam privilégios a alguns, em detrimento da maioria da população.

A exclusão política praticada ao longo de mais de um século deixou na sociedade brasileira cicatrizes indeléveis, principalmente nas regiões mais pobres, Norte e Nordeste, onde se estabeleceram e permanecem até os dias de hoje os currais eleitorais e o voto de cabresto. Com efeito, em relação à pobreza regional, a situação nos dias de hoje não é muito diferente daquela vigente no fim do século XIX, pois o Brasil jamais adotou uma política de desenvolvimento eficaz, voltada para a redução das desigualdades regionais, mesmo depois de comandos claros nesse sentido dados pela Constituição.

Mantém-se, portanto, o Brasil no século XXI como um país extremamente desigual, com elevados índices de pobreza, conforme demonstrado por dados estatísticos disponibilizados por órgãos e entidades estatais, a seguir apresentados e comentados. Ainda nos dias de hoje, o número de analfabetos mantém-se significativo, sobretudo entre os idosos, sendo ao todo 11 milhões de pessoas nessa condição, conforme os dados do IBGE em 2019 (Taxa de analfabetismo para maiores de 15 anos).

3. Os indicadores nacionais e regionais de pobreza

Vários são os critérios que podem ser utilizados para aferição da pobreza. Segundo Hoffman⁸, pode-se considerar o rendimento obtido de todas as fontes, ou o rendimento de famílias residentes em domicílios particulares ou ainda o rendimento *per capita* das famílias por domicílios.

Para os fins deste estudo, são utilizados os dados estatísticos do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, de 2019, em relação a rendimentos por faixa salarial de arranjos domiciliares por região; rendimentos por faixa salarial de arranjos domiciliares nacionalmente consolidados; e rendimentos familiares *per capita* médio, regional e nacional. Também são utilizados outros indicadores de pobreza, como aqueles relativos a acesso a saneamento básico regional e nacional; a acesso restrito à educação; à proteção social; a condições de moradia e à exclusão digital, em níveis regional e nacional.

O primeiro cenário que se pode apresentar refere-se à distribuição de renda no Brasil, conforme dados da PENAD contínua - Pesquisa Nacional de Arranjos Domiciliares Contínua - IBGE, 2019, por classes de rendimento mensal domiciliar *per capita*, em percentuais, nas cinco regiões do país. Veja-se o Quadro 2 a seguir:

Faixa Salarial	Até ¼ do SM	Mais de ¼ até ½ SM	Mais de ½ até 1 SM	Mais de 1 a 2 SM	Mais de 2 a 3 SM	Mais de 3 a 5 SM	Mais de 5 SM	Sem rendimento
Norte	20,8	25,6	28,0	15,8	4,10	2,6	1,7	1,2
Nordeste	22,2	25,2	28,10	15,0	3,8	2,3	2,0	1,5
Sudeste	4,9	13,6	28,4	30,8	9,5	6,3	5,6	1,0
Sul	3,1	10,2	27,4	35,80	11,1	6,8	4,8	0,9
Centro-oeste	4,3	14,5	30,1	29,4	9,3	6,6	4,7	1,1

Quadro 2 – Classes de rendimento mensal domiciliar.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PENAD – Banco de Dados Estatístico do Site do IBGE - 2019.

⁸ HOFFMAN, Rodolfo. **A Mensuração da Desigualdade e da Pobreza no Brasil**: desigualdade e Pobreza no Brasil – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada – IPEA, capítulo 3 – p. 81, Brasília: IPEA, 2000.

O recorte analítico do Nordeste demonstra que 22,2% dos arranjos familiares vivem com até $\frac{1}{4}$ de salário mínimo por mês, o que equivale a R\$ 8,32 por dia, considerando que o salário mínimo em 2019 era de R\$ 998,00.

Para se ter uma ideia da insignificância econômica desse valor, convém compará-lo àquele estabelecido pelo Banco Mundial, ou seja, US\$ 2,07 por dia com o dólar cotado a R\$4,01 em 2019. Lembrando que essa importância de R\$8,32 se refere à renda diária de um arranjo familiar, em geral constituído de três pessoas.⁹

O Gráfico 1 abaixo apresenta os dados relativos aos arranjos domiciliares da faixa de renda da população que recebe até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo nas 5 grandes regiões.

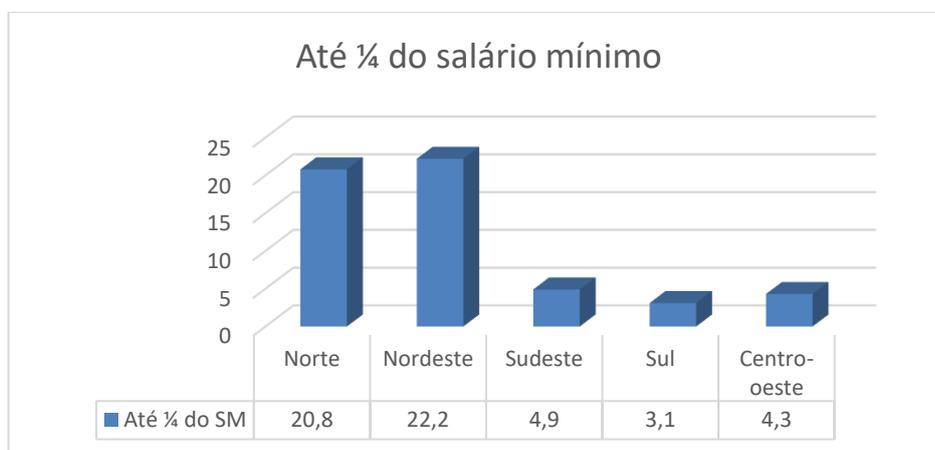


Gráfico 1 – Percentual dos arranjos domiciliares que vivem com até $\frac{1}{4}$ do salário mínimo por região

Verifica-se do gráfico acima que os percentuais relativos à população no Norte e Nordeste são cinco vezes maiores do que aqueles das regiões Sul, Sudeste e Centro-Oeste, as quais mais se beneficiaram do desenvolvimento tecnológico e produtivo, o

⁹ Banco Mundial – Pesquisa com dados de <https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day-brazilian-portuguese>
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

que lhes proporcionou uma organização social mais justa, que permite às pessoas obter salários superiores a $\frac{1}{4}$ do salário mínimo. Já na região Nordeste, 22,2% dos arranjos domiciliares sobrevivem mensalmente com um rendimento de até R\$ 249,50, considerado o salário mínimo vigente em 2019 de R\$ 998,00.

A situação de pobreza desses domicílios nordestinos fica mais evidente quando se compara a sua renda com o valor da cesta básica calculado pelo Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos – DIEESE¹⁰, na cidade de Aracaju, capital do estado de Sergipe, para o mês de abril de 2019, que era de R\$ 404,68, o que leva à constatação de que aqueles domicílios sobrevivem com apenas 62,14% do valor daquela cesta.

4. Da pobreza à desigualdade

A pobreza persistente no Brasil, sobretudo nas regiões menos desenvolvidas, tem produzido uma acentuada desigualdade social no país, como resultado da má distribuição da renda e concentração da riqueza nacional em poucos brasileiros, o que se demonstra nos dados nacionais consolidados expostos no Gráfico 2, abaixo.



Gráfico 2 – Distribuição percentual de renda de toda a população.

¹⁰ Fonte: Dieese - <https://www.dieese.org.br/cesta/>

Considerando-se os percentuais acima, para uma população de 209 milhões (2019), em números absolutos, estima-se que quase 39,8 milhões (57,2%) de arranjos domiciliares possuem renda de até um salário mínimo, enquanto 26,8 milhões vivem com até 5 salários mínimos (38,5%), e apenas 2,85 milhões (4,1%), possuem renda superior a 5 salários mínimos. Ressalte-se que dentre aqueles que recebem até um salário mínimo estão incluídas 766.000 mil unidades familiares que não acusaram rendimento algum.

De suma importância para se perceber a extensão da pobreza no Brasil são os dados apresentados no Quadro 3 abaixo, que mostra o rendimento familiar per capita médio por faixa salarial. Tratam-se, no entanto, de dados da PNAD contínua de 2017, porquanto os dados de 2019 não apresentam mais essa configuração.

Região	40% com menores rendimentos (A)	10% com maiores rendimentos (B)	20% com menores rendimentos (C)	20% com maiores rendimentos (D)	50% com menores rendimentos (E)	1% com maiores rendimentos (F)
Norte	R\$ 245,00	R\$ 4514,00	R\$ 131,00	R\$ 3011,00	R\$ 307,00	R\$ 10.682,00
Nordeste	R\$ 221,00	R\$ 4.544,00	R\$ 108,00	R\$ 2.986,00	R\$ 292,00	R\$ 13.267,00
Sudeste	R\$ 496,00	R\$ 7.593,00	R\$ 294,00	R\$ 5.180,00	R\$ 614,00	R\$ 22.604,00
Sul	R\$ 597,00	R\$ 6.791,00	R\$ 368,00	R\$ 4.796,00	R\$ 680,00	R\$ 16.177,00
Centro-Oeste	R\$ 485,00	R\$ 7.888,00	R\$ 299,00	R\$ 5313,00	R\$ 579,00	R\$ 19.019,00

Quadro 3 – Distribuição percentual por faixa de renda.

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PENAD – Banco de Dados Estatístico do Site do IBGE – 2017.

Em relação ao Sudeste, tomando-se como base 40% dos arranjos domiciliares com menores rendimentos e 1% com maiores rendimentos, estes últimos chegam a ser, em média, nas cinco regiões, 38 vezes maior que os primeiros, o que demonstra as grandes disparidades de renda no Brasil, que refletem a profunda desigualdade social reinante na região mais rica do País.

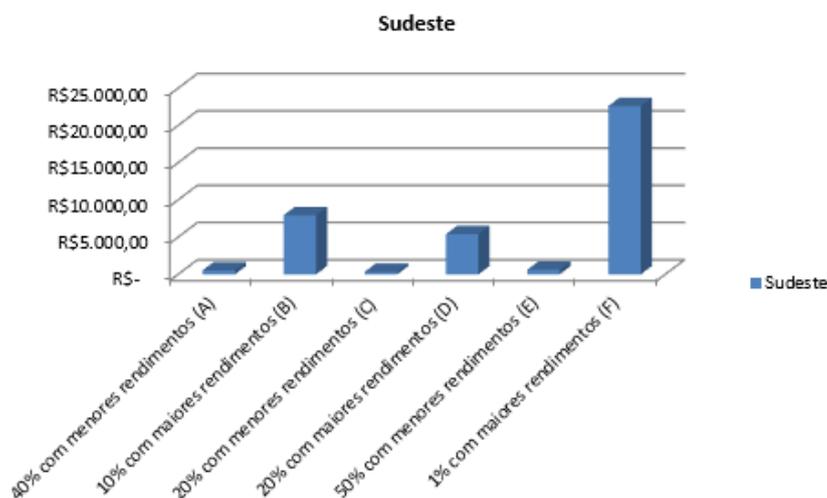


Gráfico 3

Os dados obtidos pelo IBGE provavelmente retratam uma desigualdade de renda menor do que aquela que existe na realidade, pois a família de baixa renda costuma nada ocultar sobre seus poucos bens e ganhos, enquanto a família abastada, em geral, não revela com fidedignidade seu patrimônio e renda. As pesquisas sobre a renda seriam mais acuradas se baseadas em informações constantes das declarações de imposto de renda dos mais aquinhoados, o que certamente encontraria óbices no ordenamento jurídico, posto e predisposto a proteger as elites dominantes.

Não há dúvidas de que a pobreza aqui evidenciada poderia ser mitigada se o Estado prestasse adequadamente certos serviços públicos voltados aos mais necessitados. No entanto, a negligência da classe política, que se vale dos pobres para se eleger com promessas de campanha, constitui um grande obstáculo ao acesso dos excluídos e marginalizados às prestações públicas essenciais que lhes permitam alcançar uma vida minimamente digna. É o que se verá a seguir.

5. Pobreza e carência de serviços públicos

A pobreza traduz a privação de elementos básicos à sobrevivência digna do indivíduo; é uma condição, um estado em que se encontra o indivíduo na sociedade material em que está inserido, e tem sido analisada pelos especialistas sob uma perspectiva multidimensional, que abrange todas as carências que impedem a pessoa de ascender socialmente, como a falta de acesso a saúde; carência alimentar; mortalidade infantil; educação de qualidade ou inacessível; falta de acesso a eletricidade, água potável e combustível para cozinhar; precariedade ou falta de moradia; serviços públicos de qualidade ruim e severas limitações a bens de consumo duráveis e não duráveis.

O Brasil é um país de população extremamente pobre, vítima da má distribuição da renda nacional e carente de serviços públicos adequados. A situação de pobreza no Brasil contrasta com o seu *status* de grande economia mundial, o que demonstra de certa forma a negligência da classe política em relação aos pobres, que deles só se lembra em tempos de eleições. Essa negligência é responsável pela situação degradante sob a qual vive parte substancial da população, sem acesso a água potável, a coleta direta ou indireta de lixo, a rede de esgotamento sanitário, para citar apenas alguns serviços essenciais a uma existência minimamente digna.

A pobreza no Brasil impressiona, por se tratar de um país que detém todas as condições naturais, econômicas e culturais para erradicá-la e, também, reduzir as desigualdades sociais. No entanto, os dados aportados a esta seção da pesquisa, os quais se referem a serviços básicos, como coleta direta ou indireta de lixo, abastecimento de água por rede geral e esgotamento sanitário por rede coletora ou

pluvial demonstram a inércia dos poderes públicos quando se trata de assistir os pobres e lhes dotar de condições mínimas de higiene coletiva.

Há de se destacar que, anteriormente, o IBGE adotava um método de pesquisa que apresentava o total de pessoas com acesso aos serviços públicos prestados pelos poderes públicos. Uma outra sistemática, porém, permite apontar uma exata noção quantitativa daqueles que não são alcançados pelas obrigações prestacionais do Estado, conforme previsto na Constituição.

Nessa linha, o Quadro 4 abaixo mostra os números absolutos de pessoas que não têm acesso aos serviços básicos e essenciais, condicionantes de uma vida minimamente saudável. Pode-se verificar da última coluna que 77,3 milhões de brasileiros não têm acesso a pelo menos um dos três serviços essenciais, número significativo, que supera populações de nações desenvolvidas, como França, Itália e Reino Unido, e chega perto da Alemanha¹¹, equivalendo a mais de 1/3 da população brasileira, atualmente estimada pelo IBGE em 213 milhões de habitantes.

Região	População em 1000	Ausência de coleta direta ou indireta de lixo		Ausência de abastecimento de água por rede geral		Ausência de esgotamento sanitário por rede coletora, pluvial ou fossa ligada à rede		Ao menos uma deficiência	
		Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%
N	18.113	21,30%	3.858	42%	7.553	74%	13.386	78%	14.201
NE	56.928	18,43%	10.492	21%	11.841	56%	31.709	59%	33.530
SE	88.350	3,00%	2.651	8%	6.980	12%	10.337	14%	12.457
S	29.932	5,30%	1.586	12%	3.712	32%	9.578	35%	10.327
C.O.	16.173	7,20%	1.164	13%	2.054	41%	6.550	42%	6.841
Brasil	209.496	9,40%	19.693	15%	32.053	34%	71.648	37%	77.304

Quadro 4 - Proporção de pessoas residindo em domicílios sem acesso aos serviços de saneamento básico, Grandes Regiões - 2019. Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PENAD – Banco de Dados Estatístico do Site do IBGE-2019

¹¹ Fonte: <https://www.indexmundi.com/map/?v=21&r=xx&l=pt>

O Gráfico 4, a seguir, apresenta os números absolutos de cada região, das pessoas que vivem nessas condições.

Um dos aspectos mais destacáveis da pobreza é a carência de saneamento básico, responsável por inúmeras doenças, tanto em crianças quanto na população adulta. Comunidades se formam ao redor de lixões, em situação de extrema pobreza, de onde as famílias, expostas a todo tipo de risco, sobretudo à sua saúde, retiram seu sustento, abrigando-se em tendas ou barracos de chão batido e, muitas vezes, alimentando-se de restos que ali são encontrados.

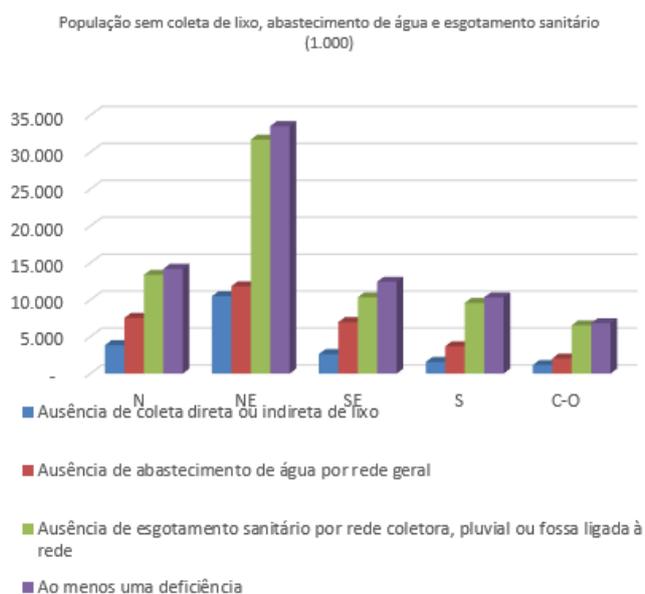


Gráfico 4

Fonte: Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílio Contínua – PENAD – Banco de Dados Estatístico do Site do IBGE - 2019

Por mais degradante que sejam, os lixões são uma realidade constatada em mais de 1600 cidades brasileiras,¹² representando tal situação o que há de mais aviltante na pobreza, que a todo custo deve ser efetivamente erradicada, em atendimento ao objetivo constitucional e tendo em vista que a ordem econômica consagrada na Constituição elegeu a existência digna como sua finalidade.

¹² <https://g1.globo.com/natureza/noticia/2018/09/14/brasil-tem-quase-3-mil-lixoes-em-1600-cidades-diz-relatorio.ghtml>. Acesso em 02/12/2019.

Contudo, não é apenas a falta de acesso aos serviços básicos voltados à higienização humana que marca a pobreza no Brasil. As pessoas pobres têm severas restrições de acesso a saúde, educação, moradia e comunicação, como se nota do Quadro 5, que registra os dados da pesquisa do IBGE sobre os indicadores relativos a esses bens sociais, revelando as marcas profundas da desigualdade no país.¹³

Verifica-se dos números abaixo que dos 209 milhões de brasileiros residentes, 26,8% sofrem restrições quanto à educação, ou seja, em torno de 56 milhões de pessoas; 3,4% não têm qualquer proteção social, o que corresponde a cerca de 7,1 milhões de pessoas; 12,4% não têm moradia, ou seja, aproximadamente 26 milhões de pessoas; 37% da população não têm acesso a saneamento básico, ou seja, 77, milhões de pessoas; e 16,4% não têm acesso à internet, num total aproximado de 34,3 milhões de pessoas. Percebe-se, ademais, que a concentração de pessoas que não sofrem tais restrições encontra-se nas regiões Centro-Oeste, Sul e Sudeste, as mais ricas do Brasil, demonstrando o desequilíbrio regional.

¹³ 1. Foram consideradas com restrição: crianças e adolescentes de 6 a 14 anos de idade que não frequentavam escola, pessoas de 15 anos ou mais de idade analfabetas e pessoas de 16 anos ou mais de idade que não possuíam Ensino Fundamental completo. (2) Foram consideradas com restrição: pessoas que satisfazem simultaneamente as duas condições a seguir: residentes em domicílios onde não havia nenhum morador de 14 anos ou mais de idade que contribuía para instituto de previdência ou aposentado/pensionista; domicílios com rendimento real efetivo domiciliar per capita inferior a ½ salário mínimo, e com nenhum membro recebendo rendimentos de outras fontes, o que inclui programas sociais. Salário mínimo de referência: R\$ 998,00. (3) Foram consideradas com restrição: pessoas residindo em domicílios sem banheiro de uso exclusivo do domicílio, com paredes externas construídas predominantemente com materiais não duráveis, com adensamento excessivo ou com ônus excessivo com aluguel. (4) Foram consideradas com restrição: pessoas residentes em domicílios que não tinham acesso simultâneo a três serviços de saneamento definidos como: coleta direta ou indireta de lixo, abastecimento de água por rede geral, esgotamento sanitário por rede coletora, pluvial ou fossa ligada à rede. (5) Foram consideradas com restrição: pessoas residentes em domicílios sem acesso à internet.

Brasil e Regiões	População (1000)	Restrição à educação		Restrição à proteção social		A condições de moradia		A serviços de saneamento básico		À internet	
		Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%	Absoluto	%
Brasil	209.496	56.145	26,8	7.123	3,4	25.978	12,4	77.304	36,9	34.357	16,4
N	18.113	4.927	27,2	1.232	6,8	4.347	24	14.201	78,4	4.728	26,1
NE	56.928	18.957	33,3	2.448	4,3	8.084	14,2	33.530	58,9	14.289	25,1
SE	88.350	20.321	23	2.385	2,7	9.807	11,1	12.457	14,1	9.277	10,5
S	29.932	7.902	26,4	479	1,6	2.125	7,1	10.327	34,5	3.861	12,9
Co.E	16.173	4.027	24,9	485	3	1.553	9,6	6.841	42,3	1.763	10,9

Quadro 5 – População com restrições à educação, proteção social, condições de moradia, serviços de saneamento básico e acesso à internet.

Fonte: IBGE, Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua 2017, consolidado de primeiras entrevistas.

A situação de carência quanto a esses bens sociais no Brasil se apresenta mais significativa, ao apontar a pesquisa do IBGE que em torno de 26,1% da população brasileira não possuem acesso a pelo menos dois deles, podendo ser os dados visualizados no Gráfico 5.

Não é de se surpreender, portanto, que uma tal situação de pobreza em uma grande economia como a brasileira decorra de elevada concentração da renda. Com efeito, o relatório¹⁴ da Organização das Nações Unidas - ONU, divulgado em 9 dezembro de 2019, aponta o Brasil como o segundo país com maior concentração de renda do mundo. De acordo com tal documento, 28,3% da renda total do país estão concentrados nas mãos do 1% mais rico, só perdendo para o Catar, cujo percentual é de 29%.

¹⁴ Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD

<https://nacoesunidas.org/relatorio-de-desenvolvimento-humano-do-pnud-destaca-altos-indices-de-desigualdade-no-brasil/amp/> visitado em 09 de dezembro de 2019.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

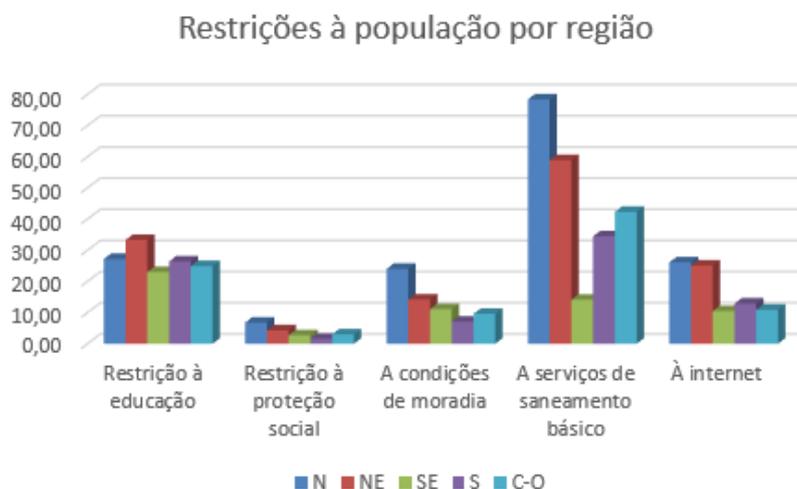


Gráfico 5 - Percentual da população com restrições de acesso à educação, proteção social, moradia, serviços de saneamento básico e acesso à internet – IBGE 2019.

O referido relatório ainda aponta que o Brasil, apesar de figurar entre as 12 maiores economias do mundo, está apenas em 79º lugar no ranking do Índice de Desenvolvimento Humano - IDH. Tal índice varia de zero a um, sendo que quanto mais próximo de um, maior o desenvolvimento humano. O IDH do Brasil é 0,761, e se coaduna com as condições da pobreza em que se encontra uma parte substancial de brasileiros.

Considerações finais

Os dados sobre a pobreza no Brasil evidenciam um enorme afastamento do Estado brasileiro da missão que lhe conferiu a Constituição de 1988, ao lhe traçar objetivos sociais específicos em seu art. 3º, como erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais, além de prescrever em seu art. 170 que 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”.

O apartheid social que se construiu e se mantém atualmente no Brasil contraria a própria Constituição, que consagrou, em seu art. 6º, um rol de direitos subjetivos de natureza social, capazes de tornar os indivíduos aptos a alcançar uma vida digna, com educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância, e assistência aos desamparados.

É tarefa da sociedade corrigir as distorções sociais que a afetam e transformam o país em um ambiente inseguro para o seu próprio povo e para aqueles que buscam um local seguro para aportar seus investimentos. A pandemia da SARS-CoV2 escancarou ao mundo a vulnerabilidade de milhões de brasileiros de baixa renda, que foram negligenciados pelos governantes e tratados com verdadeiro desprezo.

Mais do que uma questão jurídica ou econômica, a pobreza no Brasil abrange aspectos políticos e morais: os representantes do povo são, em geral, egressos das elites dominantes e parecem sensibilizar-se mais com os temas de interesse dos investidores, como o equilíbrio fiscal, privatizações e simplificação tributária, do que com a erradicação da pobreza. Impostos são destinados à manutenção de privilégios dos mais ricos, enquanto os cortes dos gastos governamentais afetam diretamente as políticas públicas voltadas às necessidades dos mais pobres. Recursos vultosos custeiam privilégios e mordomias no setor público e auxílios ao setor privado, sem a exigência de contrapartidas relevantes que contribuam para a redução da pobreza. Na verdade, os pobres são invisíveis e a pobreza tornou-se algo comum, não preocupante no meio social em que transitam as elites brasileiras, onde a injustiça social já se tornou banal.¹⁵

¹⁵ Cf. DEJOURS, Christophe. **A Banalização da Injustiça Social**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, p. 21, 2006. Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

Predomina no país um sistema capitalista predatório dos direitos sociais e uma consciência social primitiva, que impõe aos pobres o dever de sustentar uma elite econômica atrasada, por meio de uma política tributária, um dos fatores responsáveis pela desigualdade na sociedade brasileira.

Com efeito, a incidência de impostos sobre o consumo chega a ultrapassar a metade da arrecadação, onerando as famílias de baixa renda na sua luta pela sobrevivência. Uma tal política tributária, perversa na sua essência, há muito vige no Brasil e nada é feito para mitigar os efeitos da tributação sobre a desigualdade, como por exemplo, o aumento de impostos sobre a renda e sobre o patrimônio. Ao contrário, arrecadam-se da massa carente os recursos para sustentar um Estado ineficiente e uma classe política descompromissada com o mínimo existencial dos mais pobres.

A questão da pobreza passa por esse descompromisso social dos governantes e dos representantes do povo, iludindo-se os mais pobres, a cada eleição, com promessas de dias melhores. No entanto, as promessas não são cumpridas e não é difícil compreender por que razão isso não ocorre, quando se sabe que o Poder Legislativo é majoritariamente constituído por aqueles que se situam no topo da pirâmide social, aos quais não interessa alterar a dinâmica tributária que os favorece.

Atualmente, 230 congressistas, dos quais 192 são deputados e 38 senadores¹⁶, representam os interesses corporativos do mercado no Congresso Nacional. É compreensível, portanto, que as propostas sociais de natureza estruturante não são consideradas, privilegiadas que são as pautas econômicas liberais que ignoram pobres e excluídos, e se louvam nos interesses do mercado financeiro. No entanto, se não fora pelas políticas públicas de intervenção social até então adotadas no Brasil, as medidas

¹⁶ Cf. Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar - DIAP <https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/28540-empresarios-diminuem-na-camara-e-crescem-no-senado>. Acesso em: 2/12/2019.

qualitativas e quantitativas da pobreza apresentadas neste trabalho certamente seriam piores.

Mencione-se, por exemplo, o Programa Bolsa Família, do Governo Federal, adotado em 2003, que consiste na transferência condicionada de renda para famílias carentes. Tal programa adotou dois requisitos de elegibilidade para a concessão dos benefícios a uma família: a situação de pobreza e a situação de pobreza extrema, que o levou a beneficiar, segundo estudo do Instituto de Pesquisas Econômicas Aplicadas – IPEA¹⁷, entre 2003 e 2017, quase 14 milhões de famílias. De acordo com esse estudo, a eficiência daquele Programa no combate à pobreza alcançou patamares jamais atingidos por qualquer outra política pública, tendo reduzido o coeficiente de Gini a um menor indicador de desigualdade social. Essa eficiência é traduzida no custo/benefício orçamentário do programa, sobretudo se comparado a outras políticas públicas.

O programa, contudo, poderia ser aperfeiçoado, tanto quantitativa quanto qualitativamente, para alcançar um maior número de beneficiários e lhes pagar valores que pudessem atender suas necessidades básicas. No entanto, em que pese seu baixo custo orçamentário, o arrocho fiscal verificado nos últimos anos tem impossibilitado a ampliação das metas de combate à pobreza, sem, contudo, deixar de conferir benefícios e reajustes a categorias de servidores e agentes públicos que já gozam de invejável situação econômica.

Para atenuar a fome do pobre costuma-se apontar dificuldades para se encontrar recursos orçamentários. Foi o que ocorreu quando o governo federal, em março de 2020, anunciou a concessão de um auxílio financeiro, no valor de R\$200,00,

¹⁷ SOUZA Pedro H. G. Ferreira de Souza, OSORIO, Rafael Guerreiro, PAIVA Luis Henrique, SOARES Sergei – Texto para Discussão – Os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a Pobreza e a Desigualdade: Um Balanço dos Primeiros Quinze Anos – IPEA 2019.

que seria pago durante três meses aos trabalhadores informais que haviam perdido suas oportunidades de trabalho em razão do isolamento social. Porém, ao anúncio não se seguiu qualquer medida legislativa para implementar o tal auxílio, o que levou a Câmara dos Deputados a criar o benefício no valor de R\$ 500 mensais. Certamente, com o objetivo de capitalizar politicamente o auxílio, o governo federal, que já não vinha recebendo uma boa avaliação popular, decidiu por aumentar o seu valor para R\$600,00. Os efeitos positivos desse auxílio emergencial na economia foram aferidos por diversas instituições, tendo a Universidade de Pernambuco¹⁸ constado um impacto positivo no PIB do estado nordestino acima de 8%.

Sabe-se que o direito não tem condições de mudar atitudes dos membros de uma sociedade, podendo, no limite, influir determinados comportamentos. Todavia, uma sociedade pode mudar as leis que a regem e obrigar o Estado a cumprir objetivos que escolheu, livremente, no pacto constitucional. Portanto, a tarefa de tornar efetivas as disposições constitucionais relativas a direitos sociais cabem à sociedade, cujos membros elegem periodicamente e com liberdade os seus representantes. No entanto, para que isso ocorra, faz-se necessária a formação de uma consciência social solidária, forjada no seio da própria sociedade, que propugne pela erradicação da pobreza, independentemente de qualquer ideologia político-partidária.

Só assim, ciente cada membro do corpo social de que sem justiça não há paz e de que privilégios afastam qualquer possibilidade de justiça social, poderá ser cumprido o objetivo constitucional de construção de uma sociedade livre, justa e solidária, capaz de erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais.

¹⁸ Cfr. <http://www.mundosindical.com.br/Noticias/47314,Auxilio-Emergencial-aquece-a-economia-e-tem-saldo-politico-diz-estudo>

Referências

BANCO MUNDIAL – Pesquisa com dados de

<https://www.worldbank.org/pt/news/press-release/2018/10/17/nearly-half-the-world-lives-on-less-than-550-a-day-brazilian-portuguese>

BEM, Anderson – Resenha sobre o Capítulo. “ A Chamada Acumulação Primitiva” da obra de “O Capital de Karl Marx – **Revista Perspectiva Geográfica** – março de 2006.

CASTILHO, Sérgio Ricardo Rodrigues – Cultura e Pobreza a partir de Oscar Lewis : Notas para uma Antropologia Urbana dos Pobres no Brasil – **Revista de Ciências Sociais** v.7 – 2017.

BRASIL. **Censo demográfico**. Dados Históricos. Brasília: Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 2020.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Da República Federativa Do Brasil**.

Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm.

DEJOURS, Christophe. **A Banalização da Injustiça Social**. 7. ed. Rio de Janeiro: FGV, 2006.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ASSESSORIA PARLAMENTAR – **DIAP**.

Disponível em <<https://www.diap.org.br/index.php/noticias/agencia-diap/28540-empresarios-diminuem-na-camara-e-crescem-no-senado>>. Acesso em: 2/12/2019

BRASIL. **DIEESE** - Cesta Básica. Disponível em <<https://www.dieese.org.br/cesta/>>.

DURKHEIM, Émile. **Les règles de la méthode sociologique**.16. ed. Canadá:

GANEM, Angela. Economia e Filosofia: tensão e Solução na Obra de Adam Smith.

Revista de Economia Política, vol. 22, nº 4 (88), outubro-dezembro/2002.

HOFFMAN, Rodolfo. **A Mensuração da Desigualdade e da Pobreza no Brasil:**

desigualdade e pobreza no Brasil. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2000.

HUNOLD LARA, Sílvia. ESCRAVIDÃO, CIDADANIA E HISTÓRIA DO TRABALHO NO BRASIL. **Projeto História : Revista do Programa de Estudos Pós-Graduados de História**, [S.l.], v. 16, set. 2012. ISSN 2176-2767. Disponível em: <<https://revistas.pucsp.br/revph/article/view/11185/8196>>. Acesso em: 20 maio 2019.

MARCHELLI, Paulo Sergio. **Educação Unisinos** 10(3):187-200, setembro/dezembro 2006.

MARX, Karl. A Chamada Acumulação Primitiva. In: **O Capital**. Lv. I, Vol. 2, São Paulo: Difel, 1985.

NOGUEIRA, Octaviano. **Constituições brasileiras**. Volume I . Secretaria de Editoração Publicações, 3.ed. Brasília: Senado Federal, Coordenação de Edições Técnicas, 2015 p.46.

PATTO, Maria Helena Souza. Estado, ciência e política na Primeira República: a desqualificação dos pobres. São Paulo, v. 13, n. 35, p. 167-198, abril 1999.

BRASIL. **PENAD** – Pesquisa Nacional por amostra de Amostra de Domicílios - Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Brasília: IBGE, 2017.

PIECING TOGETHER POVERTY PUZZLE. **Relatório do Banco Mundial**.

Relatório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – **PNUD - 2019** <https://nacoesunidas.org/relatorio-de-desenvolvimento-humano-do-pnud-destaca-altos-indices-de-desigualdade-no-brasil/amp/> Acesso em 9/12/2019

SECRETARIA ESPECIAL DO DESENVOLVIMENTO SOCIAL - <http://mds.gov.br/assuntos/bolsa-familia/o-que-e/como-funciona/como-funciona>

SMITH, Adam. **Teoria dos Sentimentos Morais**. São Paulo: Martins Fontes, 2015.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de Souza; OSORIO, Rafael Guerreiro; PAIVA, Luis Henrique; SOARES Sergei. **Texto para Discussão**: os efeitos do Programa Bolsa Família sobre a Pobreza e a Desigualdade: um Balanço dos Primeiros Quinze Anos. Brasília: IPEA, 2019.

RACISMO, EXCLUSÃO SOCIAL E DIGITAL EM TEMPOS DE PANDEMIA E O IMPACTO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO: UM ESTUDO PROSPECTIVO

Sérgio Rodrigo dos Santos

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB.

Augusto César Leite de Carvalho

Pós-doutor em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca; doutor em Direito das Relações Sociais pela Universidad de Castilla la Mancha/Universidade Federal de Pernambuco; mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará; professor de Direito do Trabalho do IESB, professor colaborador da Universidade de Brasília (UnB) em pós-graduação de Direito Constitucional do Trabalho e professor do mestrado da Universidade Autônoma de Lisboa; ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Resumo

É crescente o uso de ferramentas tecnológicas no dia-a-dia das pessoas. Com o advento da Pandemia do COVID-19, o qual mudou e vem mudando o comportamento de todo o planeta, assimilando o que vem sendo chamado de o “novo normal”, o uso de novas e antigas tecnologias sofreu um significativo aumento, em virtude da necessidade do isolamento social. O comércio, a economia, o trabalho e a educação tiveram que, rapidamente, adaptarem-se à nova situação. Contudo, as desigualdades sociais, que já eram discrepantes, com a pandemia se tornaram mais latentes. Nesse contexto, o acesso à rede e, por conseguinte, às informações, tornou-se imprescindível, notadamente, na área educacional. Vem à tona, nesse momento, as consequências da exclusão digital nas relações de trabalho, principalmente, quando se analisa a questão sob o viés do racismo, pois os negros, desde a época da escravidão, estão relegados à segundo plano quando o assunto é educação. Como consequência, caso não sejam implementadas políticas públicas mais eficazes, que proporcionem amplo acesso ao mundo digital, a ocupação de cargos mais elevados por pessoas negras, em um futuro próximo, será cada vez mais difícil, pois o uso das tecnologias é um caminho sem volta. É nesse contexto que a garantia da inserção do mundo digital se torna imperativa, proporcionando uma vida digna àqueles que buscam por reconhecimento e justiça social.

Palavras-chave: Tecnologia, educação, exclusão.

Abstract

The use of technological tools in people's daily lives is increasing. With the advent of the COVID-19 Pandemic, which has changed and has been changing the behavior of the entire planet, assimilating what has been called the “new normal”, the use of new and old technologies has undergone a significant increase, due to the need for social isolation. Trade, economics, work and education had to adapt quickly to the new situation. However, social inequalities, which were already discrepant, with the pandemic became more latent. In this context, access to the network and, therefore, to information, has become essential, notably in the educational area. At this moment, the consequences of the digital exclusion in labor relations come to the fore, especially when the issue is analyzed under the perspective of

racism, since black people, since the time of slavery, have been relegated to the background when it comes to education. . As a consequence, if more effective public policies that provide broad access to the digital world are not implemented, the occupation of higher positions by black people in the near future will be increasingly difficult, as the use of technologies is a path without return. It is in this context that the guarantee of the insertion of the digital world becomes imperative, providing a dignified life for those who seek recognition and social justice.

Keywords: Technology, education, exclusion.

1. Introdução

Este artigo tem o escopo de investigar as nuances que envolvem a questão da inclusão/exclusão digital, notadamente, quando se leva em consideração o racismo em face dos afrodescendentes.

O acesso à educação sempre foi uma barreira a ser transposta pelos negros e pobres no Brasil. Agora, com a questão da pandemia do coronavírus, a regra é o distanciamento social, inclusive na educação. A grande solução encontrada para esse problema foi o amplo emprego de ferramentas tecnológicas. Contudo, os grandes doutos esqueceram que boa parcela da população não tem acesso a tais ferramentas, ou seja, surge, com isso, diante do “novo normal”, um “novo problema”: o agravamento das desigualdades sociais.

Em que pese a existência de vasta legislação que tutela o acesso amplo aos meios de comunicação, a realidade é deveras distinta. Assim, depreende-se que a situação exige a adoção de políticas públicas mais eficazes que possam minimizar os efeitos da referida desigualdade.

Portanto, trata-se de um estudo prospectivo, haja vista vislumbrar-se as possíveis e eventuais consequências da digitalização de nossas vidas. Evidentemente, salutar, caso todas as pessoas, independentemente de raça, cor, ou condição social tivessem amplo acesso.

É evidente que não é o intuito esgotar tema sobremodo atual e ao mesmo tempo reiterado, como é a questão da inclusão digital, notadamente, em um momento histórico nunca vivenciado antes, como é a pandemia que assola o planeta, mas tão somente analisar a questão sob o prisma das questões sociais e dos direitos fundamentais.

Para tanto, a fim de prover uma análise mais aprofundada sobre o tema em comento, empregou-se, basicamente, a metodologia de pesquisa bibliográfica e documental; para esta última, utilizou-se relatórios do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística.

A pesquisa explicativa foi empregada com o intuito de explorar o fenômeno do racismo a partir da exclusão educacional e digital e, por conseguinte, os seus reflexos no mundo do trabalho.

Em face das fontes de pesquisa empregadas, a pesquisa qualitativa teve maior ênfase, sem deixar de suscitar a pesquisa quantitativa a qual serviu para corroborar com a análise bibliográfica e documental.

2. Referencial teórico

2.1 Contexto histórico

Segundo o dicionário Aurélio (2004), escravo “é aquele que está sujeito a um senhor, como propriedade dele”.

Desde épocas imemoriais, o homem é escravizado. Seja em virtude das guerras, nas quais o exército vencedor subjugava o perdedor, seja em função do pagamento de dívidas. Assim, percebe-se que o *status* de escravo nem sempre esteve relacionado à cor da pele.

Mesmo o Livro Sagrado, a Bíblia, traz inúmeras passagens que tratam dos escravos. Reconhece-se a sua existência, mas deveriam ser tratados com dignidade. Nesse sentido o Livro de Êxodo, revela leis a favor dos servos (escravos), dentre os quais:

Se alguém ferir o olho do seu escravo ou o olho da sua escrava e o inutilizar, deixá-lo-á ir a forro pelo seu olho. E, se com violência fizer cair um dente do seu escravo ou da sua escrava, deixá-lo-á ir a forro pelo seu dente (ÊXODO, 21:26-27).

Coulanges (2001) relata que em épocas pretéritas ao surgimento das grandes sociedades a religião doméstica era predominante, ou seja, as famílias tinham o seu próprio deus, para o qual prestavam culto. Tamanha era a importância da religião para a família que o servo adentrava no seio familiar por intermédio da religião doméstica. Uma vez inserido, o servo estava preso à família para sempre.

Em um passado mais recente, com o advento das grandes navegações, as quais culminaram com a descoberta do continente americano, houve a necessidade de “braços fortes” para o trabalho nas novas colônias.

Inicialmente, tentou-se subjugar os povos nativos, os índios, porém, vários fatores contribuíram para o seu fracasso, dentre os quais, a propensão para as doenças trazidas pelos europeus, bem como a intenção dos jesuítas em catequizá-los, o que gerou inúmeros conflitos na região.

A solução encontrada foi a escravidão dos negros africanos, os quais eram trazidos aos milhares embarcados nos chamados “navios negreiros”. Muitos não chegavam ao seu destino, pois não suportavam as péssimas condições da viagem, sendo na maioria das vezes vítimas de doenças.

Tamanha foi a quantidade de africanos trazida para o Brasil, a fim de serem escravizados, que a cor da pele, nesse momento, passou a ser sinônimo de escravidão. Eis, provavelmente, a origem do racismo.

Com a abolição da escravidão não houve, necessariamente, a libertação dos escravos. Em 1888, a assinatura da Lei Áurea, pela Princesa Isabel, representou, tão somente, a libertação física dos negros. Contudo, iniciava-se um racismo ainda mais nocivo, o estrutural, o qual consiste em ações e hábitos, inseridos em uma sociedade, as quais fomentam a discriminação.

Nesse sentido, apesar da libertação física, o negro não dispunha de qualquer meio de subsistência, haja vista não possuir qualquer formação ou habilitação. Era um cidadão, porém subsistia todo tipo de discriminação, inclusive o impedimento de frequentar as escolas. Nunes¹⁹, assim trata do tema:

Nesse cenário, o negro deixou de ser ferramenta de trabalho para ser mão de obra assalariada, passando, na teoria, ter direito à cidadania, pois a sociedade e as leis continuavam manifestando o preconceito racial, de tal maneira que o negro era impedido de frequentar vários ambientes de brancos, principalmente as escolas, locais favoráveis à reprodução desse modelo de sociedade e das suas relações de poder (NUNES, 2014).

Assim, depreende-se que a sociedade brasileira, naquela época pós libertação, tinha o entendimento de que os negros deveriam apenas trabalhar e não tinham que estudar, pois foram trazidos da África para tão somente servir à economia²⁰.

Cabe ressaltar que o racismo não está adstrito a um comportamento individual, como a maioria pensa, mas faz parte da estrutura de uma instituição, uma vez que a própria sociedade é racista. Repisando a questão do racismo estrutural é imperativo

¹⁹ Cfr. Ranchimit Batista Nunes. História da educação brasileira: o negro no processo de constituição e expansão escolar.

²⁰ Idem.

esclarecer que tal comportamento deriva de um processo social e que está incutido na estrutura da sociedade²¹.

Isto posto, é inacreditável que, após mais de 130 anos de libertação dos escravos, a sociedade ainda tenha a mesma percepção, ainda que de forma mais “camuflada”. Malgrado os princípios da Dignidade da Pessoa Humana e da Isonomia, corolários de toda a nossa legislação pátria, ainda nos deparamos com frequentes ofensas à plena inserção escolar do negro. Ademais, em tempos de educação remota, tal inserção é ainda mais latente, haja vista a exclusão digital. Estamos diante de um verdadeiro “apartheid²²” digital.

2.2 Acesso aos meios de comunicação

A nossa Carta de 1988 não prevê, ao menos de forma expressa, o direito à inclusão digital, ainda que haja uma proposta de Emenda Constitucional (PEC 185/2015), a qual prevê o acréscimo do inciso LXXIX ao art. 5º da Constituição Federal, para assegurar o acesso à Internet com um direito fundamental. Contudo, alguns dispositivos nos remetem a essa garantia. Dessa forma, cabe ao intérprete do direito, com o intuito de buscar a tutela de tão valorosa garantia, inserir os menos desfavorecidos no “mundo digital”.

Assim, cumpre destacar alguns dispositivos constitucionais que corroboram tal assertiva:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
[...]
III - erradicar a pobreza e a marginalização e *reduzir as desigualdades sociais* e regionais;

²¹ Silvio Almeida. **O que é Racismo Estrutural**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

²² Suiane Costa Ferreira. Apartheid Digital em Tempos de Educação Remota: atualizações do racismo brasileiro. Interfaces Científicas - Educação, v. 10, n. 1, p. 11-24, 6 set. 2020.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

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

Art. 6º *São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (grifo nosso)*

Invocando a legislação infraconstitucional, consoante preconiza a Lei 12.965, de 23 de abril de 2014, o qual estabelece o Marco Civil da Internet, o direito de acesso à rede é destinado a todos, nos seguintes termos:

Art. 1º Esta Lei estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da internet no Brasil e determina as diretrizes para atuação da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação à matéria.

Art. 4º A disciplina do uso da internet no Brasil tem por objetivo a promoção:
I - do direito de acesso à internet a todos;

Ademais, a referida norma traz em seu texto a essencialidade do festejado serviço, a fim de que seja consubstanciado o exercício da cidadania, *in verbis*. "art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos"

Porém, é imperativo que o Poder Público promova políticas públicas com o fim de levar o acesso à *internet* a todos, principalmente àquelas comunidades ditas vulneráveis. Nesse aspecto, a referida norma:

Art. 27. As iniciativas públicas de fomento à cultura digital e de promoção da internet como ferramenta social devem:

I - promover a inclusão digital;

II - *buscar reduzir as desigualdades*, sobretudo entre as diferentes regiões do País, no acesso às tecnologias da informação e comunicação e no seu uso; e (grifo nosso)

Assim, poder-se-ia afirmar que o direito à inclusão seria uma garantia fundamental, embora não conste de forma explícita na Carta Magna. Todavia, a sua relevância como direito social é incontestável, pois o acesso à educação e, por conseguinte, à redução das desigualdades sociais está indissociável ao ingresso no mundo digital, notadamente em tempos de pandemia, cujo distanciamento social é a regra.

Nesse contexto da Pandemia do COVID-19, o Governo Federal, por intermédio do Ministério da Ciência e Tecnologia, estabeleceu que o acesso à internet se trata de serviço essencial. Assim, sobreveio o Decreto 13.282/20:

Art 3º [...]

§ 1º São serviços públicos e atividades essenciais aqueles indispensáveis ao atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, assim considerados aqueles que, se não atendidos, colocam em perigo a sobrevivência, a saúde ou a segurança da população, tais como:

[...]

VI - telecomunicações e internet;

No plano internacional, a Declaração Universal dos Direitos Humanos contempla o direito à liberdade de opinião e de expressão, seja por qualquer meio existente. Posto isso, assim dispõe o referido Diploma:

Artigo 19º

Todo o indivíduo tem direito à liberdade de opinião e de expressão, o que implica o direito de não ser inquietado pelas suas opiniões e o de procurar, receber e difundir, sem consideração de fronteiras, informações e ideias por *qualquer meio de expressão*. (grifo nosso)

Ora, não obstante o direito à inclusão digital não restar explícito, o que é evidente, em virtude da época em que foi declarada, é perfeitamente apropriado realizar uma interpretação extensiva do texto citado acima, pois nesse momento histórico o qual vivenciamos, a era digital, cujas informações são praticamente

transmitidas por meios de tecnologia, as pessoas que não têm acesso a esses meios estão excluídas digitalmente e, por conseguinte, do conhecimento.

Importante ressaltar que a redução das desigualdades não deve ser entendida apenas sob o aspecto regional ou econômico, mas também sob o viés do racismo. Em outras palavras, não é possível implantar políticas de inclusão digital sem que este aspecto (racismo) seja levado em consideração.

Nesse sentido, ocorre um “novo racismo”, pois as desigualdades sociais, que já eram marcantes, tornaram-se ainda mais acentuados, já que a exclusão digital, agora, vem apenas a potencializar a dificuldade de acesso à educação de qualidade.

2.3 Exclusão digital X acesso à educação

A Declaração Universal dos Direitos Humanos já traz em seu bojo regras que enaltecem o princípio da igualdade. Pode-se afirmar que a Declaração de 1948 foi o verdadeiro marco que introduziu o Direito Internacional dos Direitos Humanos²³. Eis alguns direitos contemplados:

Artigo I

Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade.

Artigo II

Todo ser humano tem capacidade para gozar os direitos e as liberdades estabelecidos nesta Declaração, sem distinção de qualquer espécie, seja de raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, riqueza, nascimento, ou qualquer outra condição (...)

²³ Flávia Piovesan. Direito ao Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

Quanto ao tema, aduz Lindgren Alves (2003), no que tange à Convenção contra a Discriminação Racial de 1965:

A Convenção define a discriminação racial como 'qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência baseada em raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha o propósito ou efeito de anular ou prejudicar o reconhecimento, gozo ou exercício em pé de igualdade dos direitos humanos e liberdades fundamentais (ALVES, 2003).

Impende ressaltar, também, que o racismo é um fenômeno dinâmico e, por esse motivo, está propenso a assumir diversas formas de disseminação, seja por questões políticas, sociais ou culturais. Neste sentido, a educação tem papel preponderante para coibir a discriminação racial e semear o respeito à isonomia²⁴.

Nessa toada, é imperativo trazer à baila alguns princípios norteadores dos direitos sociais, tais com o a observância do *minimum core obligation*, ou mínimo essencial, e a proibição do retrocesso social²⁵.

No que tange ao mínimo essencial, diz respeito à obrigação dos Estados de proporcionar o mínimo necessário que possa garantir a satisfação das pessoas. A fonte precípua desse princípio reside na dignidade humana, o qual se constitui no cerne dos Direitos Humanos.²⁶

Noutra banda, da proibição do retrocesso social depreende-se que os Estados devem implementar medidas eficazes o suficiente, no que concerne aos direitos sociais, a fim de furtarem-se da adoção de ações que favoreçam tal regressão.

²⁴ Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

²⁵ Flávia Piovesan. Direito ao Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional.

²⁶ Idem, ibidem.

É com clareza solar que os princípios aqui enunciados estão em perfeita consonância com a nossa Carta de 1988 que, de forma inequívoca, tutelam os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade.

Todavia, o que se observa é a não obediência a tais princípios, pois os negros e pobres continuam sem acesso pleno às escolas. Conforme já comentado, por questões históricas, que nos remetem à escravidão, o negro nunca teve foi introduzido integralmente aos meios educacionais e, hoje, a situação persiste, mas com outra abordagem.

Neste diapasão, Ferreira (2020), nos ensina: “mas essa não é só uma história circunscrita ao passado, pois a história presente expõe as marcas do racismo institucionalizado que segue, perpetuando uma sistemática exclusão educacional e tecnológica”.

Corroborando com tal entendimento, dados estatísticos²⁷ do IBGE revelam que 23% da população branca tem restrição de acesso à educação, ao passo que a percentagem de negros e pardos chega a 31,3%. A situação ainda é mais preocupante quando o tema é acesso à *internet*. Segundo o mesmo órgão de pesquisa, 15,1% da população branca tem restrição de acesso à rede, enquanto 23,9% de negros e pardos tem restrição ao serviço.

Esse panorama nos revela um futuro nada promissor aos negros e pobres. A partir dos dados expostos percebe-se que as desigualdades sociais tendem a aumentar, agravada ainda mais em virtude da pandemia e, por conseguinte, em face do emprego em larga escala dos meios de tecnologia.

Nesse contexto, poder-se-ia afirmar que hoje prevalece a meritocracia e, portanto, a desigualdade social ou o racismo arraigado na sociedade estaria superado

²⁷ Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. Síntese de Indicadores Sociais 2019.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

pelo mérito, ou esforço individual, notadamente no que tange às diversas seleções nos concursos públicos ou vagas nas universidades. Ora, como aceitar tamanha falácia quando há, nitidamente, uma desigualdade educacional, a qual está intimamente ligada à desigualdade racial. As posições de maior prestígio e as vagas ocupadas em cursos de maior concorrência são, na maior parte, ocupadas por não negras. Em suma, trata-se de um discurso racista.

Percebe-se que ocorre uma verdadeira “discriminação racial indireta”²⁸, ou seja, a propagação dos meios de tecnologia no ambiente educacional, notadamente em um cenário de pandemia, tornou-se capaz de impelir uma desvantagem para negros e pobres, no que tange à ascensão profissional. Nessa orientação, cumpre trazer à baila a Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância:

Discriminação racial indireta é aquela que ocorre, em qualquer esfera da vida pública ou privada, quando um dispositivo, prática ou critério aparentemente neutro tem a capacidade de acarretar uma desvantagem particular para pessoas pertencentes a um grupo específico, com base nas razões estabelecidas no Artigo 1.1, ou as coloca em desvantagem, a menos que esse dispositivo, prática ou critério tenha um objetivo ou justificativa razoável e legítima à luz do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

É imperioso destacar o compromisso que os Estados têm com o referido diploma²⁹, o qual foi ratificado pelo Presidente da República, em maio deste ano, em especial no que se refere à educação e ao emprego, *in verbis*:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar legislação que defina e proíba expressamente o racismo, a discriminação racial e formas correlatas de intolerância, aplicável a todas as autoridades públicas, e a todos os indivíduos ou pessoas físicas e jurídicas, tanto no setor público como no privado, especialmente nas áreas de emprego, participação em organizações profissionais, educação, capacitação, moradia, saúde, proteção social, exercício de atividade econômica e acesso a serviços públicos, entre outras,

²⁸ Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância.

²⁹ Idem, *ibidem*.

bem como revogar ou reformar toda legislação que constitua ou produza racismo, discriminação racial e formas correlatas de intolerância.

Assim, apesar do fim das amarras da escravidão física, o desafio em prol da defesa dos direitos humanos ainda persiste. Vieira³⁰ (2019) afirma que novas ideologias surgiram com o propósito de tornar legítima a discriminação e a desigualdade social. Nesse sentido, o mesmo autor assevera que a política de “cotas” no Brasil seria uma ação afirmativa ou “discriminação positiva” de grupos em situação de vulnerabilidade. Contudo, arremata o tema:

[...] a mera igualdade de oportunidade, por si só, não é o suficiente para a realização de uma democracia antirracista para o enfrentamento das desigualdades construídas e perpetuadas pelo racismo.

Dessa forma, políticas de inclusão racial, tais como as cotas raciais, passam a funcionar como um instrumento de inserção e diminuição do impacto de exclusão histórica.

Posto isso, depreende-se que, apesar de todo o tempo transcorrido, desde a abolição da escravatura, a sociedade ainda insiste em tratar seu segmento negro de forma desigual, com reflexos nefastos ao acesso à educação e, em última análise, à mobilidade social materializada no mundo do trabalho.

2.4 A grande consequência: o impacto nas relações de trabalho

É inconteste que o trabalho é um direito social, pois assim preconiza a nossa Constituição, consoante externa em seu art. 6º e, portanto, corolário da dignidade da pessoa humana.

³⁰ Hector Luís Cordeiro Vieira. **Direitos humanos, racismo e cotas raciais – A construção de uma democracia antirracista com base em reconhecimento e consideração**. Persen, nº 17, ano 12, 2019

Naturalmente, nem todos terão a oportunidade de trabalhar, ou seja, o nosso país não dispõe de postos de trabalhos para todos os aptos ao trabalho. Portanto, tal escassez de vagas permite às empresas que selecionem os mais aptos e mais preparados, característica indissociável do sistema capitalista vigente³¹.

Nessa conjuntura, exsurge a discriminação no ambiente de trabalho. Quais serão aqueles mais aptos? Percebe-se que desde o recrutamento e a seleção de novos empregados a discriminação já está presente.

Neste cenário, Moreira (2017) sustenta que a discriminação existe em virtude de um sistema de privilégio social, o qual garante a permanência de vantagens restrita a um grupo racial dominante. Desta forma, afiança o autor que “o racismo é institucional e sistêmico” e, portanto, as pessoas brancas acreditam que pertencem ao referido grupo dominante.

Noutra banda, o acesso à informação, conforme repisado exhaustivamente, será doravante, cada vez mais por intermédio de meios tecnológicos. Não há como impedir. Nesse aspecto aqueles que tiverem mais acesso a tais meios, naturalmente, estarão mais preparados. Eis um fator de desigualdade que tende a se estabelecer.

Assim, se a população negra tende a ocupar, hoje, empregos que exigem menor capacidade intelectual e, quando ascendem a tais cargos, a mobilidade nas empresas costuma ser mais estagnada, se comparado aos brancos, com o passar dos anos, essas estatísticas tenderão a ser mais perceptíveis.

³¹ Luiz Marcelo F. de Góis. Discriminação nas Relações de Trabalho. **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**, São Paulo, p. 131-165. 2010.

3. Resultados e discussões

Pode-se depreender, com os argumentos trazidos, que a temática da exclusão digital, em tempos de pandemia, contribui, sobremaneira, para o maior distanciamento das desigualdades sociais, ademais da discriminação racial. A consequência mais evidente é a dificuldade de o negro e o pobre usufruírem de uma educação de qualidade, haja vista as novas ferramentas empregadas no processo ensino-aprendizagem. Uma nova “roupagem” para o racismo.

Desde épocas pretéritas, o negro foi relegado à categoria de “mercadoria” como solução à necessidade de mão-de-obra para as colônias recém descobertas. Mesmo após a abolição, e ainda hoje, subsiste a desigualdade social, sem embargo a vasta legislação que tutela e enaltece a isonomia, independentemente de raça ou cor.

Lamentavelmente, a mencionada desigualdade adentrou aos bancos escolares, quando mais de 31% da população negra tem restrição de acesso à educação, contra 23% dos brancos³². Todavia, essa restrição tende a aumentar na medida em que se analisa a restrição de acesso à *internet*, levando em consideração os mesmos critérios.

Porém, em face da pandemia do COVID-19, é possível inferir que as desigualdades sociais estejam sofrendo um aumento significativo, haja vista a utilização mais amiúde das ferramentas tecnológicas, notadamente, no âmbito acadêmico.

Decerto, a pandemia não perdurará para sempre, porém um grande legado deixará: o uso em massa dos meios de tecnologia como ferramenta de aprendizagem. Sem dúvida, um caminho sem volta. Todavia, os menos favorecidos, negros e pobres, diante de uma inércia ou lentidão dos poderes públicos, continuarão, ao que tudo

³² Idem.

indica, à margem desse mundo tecnológico e, conseqüentemente, do trabalho digno.

Considerações finais

É notório que ainda existem inúmeras questões a serem respondidas e ações a serem levadas a cabo. Todavia, os excluídos não podem esperar, clamam por “justiça social”.

A utilização, cada vez mais frequente de meios tecnológicos, principalmente em virtude da pandemia do COVID-19, trouxe uma outra modalidade de discriminação, a exclusão digital, que afeta, sobremaneira, grupos mais vulneráveis, negros e pobres. Tal cenário adentra o meio ambiente de trabalho, tornando as desigualdades sociais ainda mais exacerbadas.

Conquanto as tentativas normativas, o governo federal se mostra, para esse mister, totalmente ineficaz, seja por má gerência ou mesmo por verdadeira negligência ao “fechar os olhos” para uma realidade que exige a tomada de medidas urgentes, ademais das que já estão sendo implementadas. Pois, a cada dia, o problema tende a se expandir.

Não se espera, por fim, com esse breve estudo, esgotar tema tão polêmico, instigante e atual. Portanto, carece de maior aprofundamento para a orientação de políticas públicas que tornem efetivas as garantias e direitos que proporcionem amplo acesso aos meios de informação àqueles mesmo favorecidos, notadamente, negros e pobres, a fim de minimizar, senão erradicar, definitivamente, as desigualdades sociais.

Referências

ALMEIDA, Silvio. **O que é Racismo Estrutural**. Belo Horizonte: Letramento, 2018.

ALVES, José Augusto Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 2003.

BÍBLIA SAGRADA. Barueri: Sociedade Bíblica do Brasil, 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 04 dez. 2020.

_____. **Lei nº 10.965, de 23 de abril de 2014**. Estabelece princípios, garantias, direitos e deveres para o uso da Internet no Brasil. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l12965.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

_____. **Decreto nº 10.282, de 20 de março de 2020**. Regulamenta a Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020, para definir os serviços públicos e as atividades essenciais. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/decreto/D10282.htm. Acesso em: 03 dez. 2020.

_____. **Decreto 19.841, de 22 de outubro de 1945**. Promulga a Carta das Nações Unidas, da qual faz parte integrante o anexo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, assinada em São Francisco, a 26 de junho de 1945, por ocasião da Conferência de Organização Internacional das Nações Unidas. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 03 dez 2020.

_____. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Síntese de Indicadores Sociais 2019**. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101678.pdf>. Acesso em: 09 dez. 2020.

COULANGES, Fustel. **A cidade antiga**. São Paulo: Edipro, 3.ed. 2001.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Dicionário da Língua Portuguesa**. Curitiba: Posigraf, 2004.

FERREIRA, S. C. **Apartheid Digital em Tempos de Educação Remota: atualizações do racismo brasileiro**. Interfaces Científicas - Educação, v. 10, n. 1, p. 11-24, 6 set.

2020. Disponível em: <https://periodicos.set.edu.br/educacao/article/view/9045>.

Acesso em: 05 dez. 2020

GÓIS, Luiz Marcelo F. de. Discriminação nas Relações de Trabalho. **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**, São Paulo, p. 131-165. 2010.

MOREIRA, Adilson José. **Pensando como um negro: ensaio de hermenêutica jurídica**. **Revista de Direito Brasileira**, v. 18, 2017, p. 393-420, p. 397.

NUNES, R.B. **História da educação brasileira: o negro no processo de constituição e expansão escolar**. XXII Encontro de Pesquisa Educacional do Norte e Nordeste, de 28 a 31 de outubro de 2014. Anais... Natal, 2014. Disponível em: [//https://www.fe.ufg.br/nedesc/cmvc/controle/DocumentoControle.php?oper=download&cod=1001](https://www.fe.ufg.br/nedesc/cmvc/controle/DocumentoControle.php?oper=download&cod=1001). Acesso em: 08 dez. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em:

<https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Pages/Language.aspx?LangID=por>. Acesso em: 05 dez. 2020.

PIOVESAN, Flávia. Direito ao Trabalho e a Proteção dos Direitos Sociais nos Planos Internacional e Constitucional. **Direitos Humanos e Direito do Trabalho**, São Paulo, p. 3-31. 2010.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Interamericana contra o Racismo, a Discriminação Racial e Formas Correlatas de Intolerância**. Disponível em: https://www.oas.org/en/sla/dil/docs/inter_american_treaties_A-68_Convencao_Interamericana_racismo_POR.pdf. Acesso em: 25 out. 2021.

TRINDADE. Antônio Augusto Cançado. **A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil**. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2,ed. 2000.

VIEIRA, Hector Luís Cordeiro. **Direitos humanos, racismo e cotas raciais – A construção de uma democracia antirracista com base em reconhecimento e consideração**. Persen, nº 17, ano 12, 2019.

OS ESTABELECIDOS E OS OUTSIDERS: UMA ANÁLISE METODOLÓGICA NO UNIVERSO SOCIAL NA VISÃO DE NORBERT ELIAS

Fabricio dos Reis Brandão

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitários IESB; especialista em Direito Tributário pelo CEU/SP; graduado em Administração pelo CESUPA e em Direito pela UNAMA; autor do livro "Coisa Julgada"; ORCID fabrybrandao@gmail.com.

Any Ávila Assunção

Doutora e mestra em sociologia jurídica pela Universidade de Brasília (UnB); coordenadora dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação de Brasília (IESB); advogada.

Resumo

Neste trabalho irá ser analisado o livro com título de Os Estabelecidos e os Outsiders dos autores Norbert Elias e John L. Scotson, focando na forma metodológica utilizada para que os autores chegassem aos resultados. Será feito um breve resumo do livro destacando-se a metodologia adotada e a importância de cada ato praticado para se chegar aos resultados com a maior isenção possível.

Palavras-chave: Os Estabelecidos e os Outsiders; Norbert Elias; Metodologia das Ciências Sociais; Relações de Poder; Discriminação; Exclusão; Processo Civilizatório.

Abstract

In this work, the book entitled The Established and the Outsiders by Norbert Elias and John L. Scotson will be analyzed, focusing on the methodological form used for the authors to arrive at the results. A brief summary of the book will be made, highlighting the methodology adopted and the importance of each act practiced to reach the results with the greatest possible exemption.

Keywords: The Established and the Outsiders; Norbert Elias; Social Sciences Research Methodology; Power relations; Discrimination; Exclusion; Civilizing Process.

Sumário: 1. Introdução; 2. Sobre Norbert Elias; 3. Sobre o Livro Os Estabelecidos e os Outsiders; 3.1. Introdução e método; 3.2. Sobre o Livro Os Estabelecidos e os Outsiders; 4. Conclusão; Referências Bibliográficas

1 Introdução

O livro *Os Estabelecidos e os Outsiders* foi o resultado de um trabalho realizado pelos autores buscando encontrar os motivos pela qual, em uma cidadezinha nas proximidades de Londres, havia um aumento da delinquência juvenil.

Para evitar qualquer tipo de negatividade para a pequena população local, foi dado à cidadela um nome fictício, Winston Parva.

No decorrer da pesquisa encontrou-se as relações de poder entrelaçadas e enraizadas nas sociedades locais e como as mesmas ocorriam.

Por fim, verificou-se que a forma como ocorriam essas relações de poder e as consequências das mesmas favoreciam o ingresso de determinados jovens no crime.

Cabe apontar que o método de pesquisa utilizado nesse trabalho é o monográfico e a técnica de pesquisa é a bibliográfica, através da análise de publicações da literatura sobre o tema.

2 Sobre Norbert Elias

Antes de iniciar no livro propriamente dito, é importante fazer uma localização da fala do autor Norbert Elias, tendo em vista que o desenvolvimento do trabalho do autor reforça as ideias contidas em o seu livro "O Processo Civilizatório".

Primeiramente, as informações evocadas sobre Norbert Elias neste texto são trazidas diretamente do site da Fundação Norbert Elias³³, algumas explicações ficaram como notas de rodapés, e a ordem das informações contida no site também foi alterada para facilitar o entendimento dos fatos históricos.

Norbert Elias nasceu no dia 22 de julho de 1987, na cidade de Breslau, que na época fazia parte do antigo Império Alemão (atualmente, na localidade se localiza a cidade polonesa de Wrocław), tendo sido o único filho de seus pais. Seu pai era um empresário do comércio de tecidos.

³³ Disponível no site: <http://norbert-elias.com/pt/sobre-norbert-elias/>

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

Na sua cidade natal, no ginásio de Johannes, Norbert Elias teve uma educação de primeira classe em ciências, matemática, filosofia, línguas e literatura. Já no ano de 1916, ele acabou deixando os estudos para servir nas forças alemãs, no Fronte Ocidental, durante a Primeira Guerra Mundial. Quando a Primeira Grande Guerra Mundial se encerrou, ele retornou para a Universidade de Breslau, se matriculando tanto em Filosofia quanto em Medicina – tendo completando a parte pré-clínica do treinamento médico antes de se concentrar em Filosofia para seu doutorado.

Nesse período, ainda na cidade de Braslau, ele escreveu sua tese “Ideia e indivíduo, uma contribuição para a filosofia da história”, tendo tido a orientação do filósofo Richard Höningwald. Somente conseguiu finalizar a sua tese em 1924, após um grande desentendimento entre Norbert Elias e seu orientador, que era um profundo defensor das ideias kantianas, acerca dos principais postulados de toda a tradição kantiana. Norbert Elias era contra o entendimento de Kant, que defendia que certas categorias de pensamento - espaço newtoniano, tempo, causalidade e alguns princípios morais fundamentais não eram derivadas da experiência, mas são inerentes, eternas e universais na mente humana. A rejeição de Norbert Elias a essas suposições baseou toda formulação de suas idéias³⁴. A consequência imediata de tal entendimento foi redirecioná-lo da disciplina da Filosofia para a sociologia.

Já em Heidelberg, Norbert Elias foi aceito como candidato à Habilitação³⁵ por Alfred Weber, irmão mais novo de Max Weber. Lá conheceu e se tornou um bom amigo de Karl Mannheim.

³⁴ Elias defendia que tudo evoluía dentro de um determinado contexto social, que não era possível extrair um pensamento sem que houvesse uma análise do contexto social (figuração) de desenvolvimento do mesmo.

³⁵ Habilitação é uma etapa necessária para ser professor universitário na Alemanha, naquela época, a finalização dessa etapa ocorre com a publicação de um livro. Norbert Elias encerrou essa fase publicando o livro “A Sociedade de Corte” (corte aqui no sentido de interno do palácio).

Depois, quando o Mannheim aceitou uma oferta para ocupar uma cadeira de Sociologia em Frankfurt, em 1929, ele convidou Norbert Elias, e o mesmo aceitou a oferta, para atuar como seu Privatdozent³⁶.

Em 1933, os nacional-socialistas chegaram no poder na Alemanha, sendo que nessa época Norbert Elias tinha acabado de iniciar sua carreira na academia alemã, e quando se iniciou as perseguições aos judeus, Norbert Elias se viu obrigado a sair do seu país de origem a se refugiar na França, por um breve período, tendo ido posteriormente para a Inglaterra, onde viveu por quase quarenta anos.

Na França, foi morar em Paris, tendo ficado por lá por aproximadamente dois anos, tendo iniciado a escrever o primeiro volume do livro "O Processo Civilizador", depois, quando o conflito mundial começou a afetar Paris, se viu novamente obrigado a ter que sair da cidade em que morava, tendo ido morar em Londres, na Inglaterra, sendo que, nessa época, sequer falava em inglês.

Com ajuda de uma organização judaica de refugiados, recebendo doações, Norbert Elias pode se dedicar à sua pesquisa: pesquisou por três anos até completar os dois volumes do livro, sua grande obra. Ocorre que os dois volumes do livro "O Processo Civilizador" foram publicados na Suíça, em 1939, e por esse motivo, a obra passou despercebida e não lida entre os públicos de língua alemã e inglesa por trinta anos.

Os pais de Norbert Elias morreram durante a 2ª Grande guerra Mundial, sua mãe em Auschwitz - o principal trauma da vida do sociólogo, já o pai, consta na dedicação de seu livro O Processo Civilizador que foi morto em Breslau em 1940³⁷.

³⁶ Privatdozent equivale, no Brasil, a um professor universitário assistente, mas esta é a última e necessária etapa para se chegar a ser um professor universitário na Alemanha naquela época.

³⁷ Apesar da informação constante na dedicação de seu livro, também consta no site de vítimas do holocausto: <https://www.holocaust.cz/en/database-of-victims/victim/46297-hermann-elias/> que uma pessoa de nome Hermann Elias foi morta em um transporte para Berlim no dia 07/07/1942, mas não há mais informações para saber se se trata do pai de Norbert Elias ou não, ressalta-se que naquele

Durante todo o período da Segunda Grande Guerra Mundial, Norbert Elias permaneceu na Inglaterra. Inclusive, por ser alemão, inicialmente ficou como preso político, assim como todos os outros alemães, por ser um "estrangeiro inimigo". Nesse período se dedicou a vida acadêmica.

Quando encerrou a Segunda Guerra Mundial, juntamente com seu antigo amigo Siegmund H. Foulkes, preparou as bases teóricas da chamada Psicoterapia Grupo Analítica, sendo que atualmente, é um dos modos mais influentes de psicoterapia, e estabeleceu uma Sociedade Internacional Grupo Analítica, onde defendiam a tese de que "O mundo da realidade, o corpo e a comunidade são a base de toda terapia" (Foulkes, 1948).

Apesar de ter um grande lapso temporal de sua vida dedicada à vida acadêmica, somente em 1954, quando faltava apenas oito anos para atingir a idade para se aposentar, ele obteve um cargo na universidade, em Leicester.

Em Leicester, juntamente com Ilya Neustadt, ele elaborou e construiu um bem-sucedido Departamento de Sociologia, local em que muitos famosos sociólogos britânicos subsequentes foram colegas de faculdade (como Anthony Giddens e John H. Goldthorpe) ou estudantes.

Ressalta-se que foi em 1959-61 que Norbert Elias efetivou a pesquisa que embasou a publicação do livro "Os Estabelecidos e os Outsiders".

Já em 1962-64, após sua aposentadoria, Norbert Elias iniciou como professor de Sociologia na Universidade de Gana, no continente africano. Foi nesse período que ele desenvolveu uma grande atração pela arte africana.

Depois desse período, Norbert Elias publicou pouco, mas sempre continuou a escrever e pesquisar. Já com toda a sua carga de conhecimento, e com o grande

período de guerra e perseguições, a comunicação era precária, sendo perfeitamente possível o desencontro de informações.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

sucesso dos dois volumes de seu livro "O Processo Civilizador", agora publicado em língua inglesa e alemã, inclusive lendo as críticas sobre o mesmo, estendeu e refinou as ideias criadas em seu livro. Norbert Elias entendia que os dois volumes desse seu livro era bem mais que uma tese única, que era na realidade uma quebra de paradigma que objetiva o desenvolvimento da sociologia, pois é um modelo sociológico que representa uma rejeição radical de muitas das suposições básicas da sociologia convencional de hoje.

Importante trazer esses vários momentos da vida de Norbert Elias pois a forma que se deu alguns movimentos de sua vida impactaram em sua forma de pensar, inclusive, o próprio Norbert Elias já afirmava sobre a influência social no indivíduo que:

...não há fim ao entrelaçamento, porque embora a autodeterminação da pessoa, maleável durante o início da infância, se solidifique e endureça à medida que cresce, ela nunca deixa inteiramente de ser afetada pelas relações mutáveis com outras durante toda a vida (ELIAS, 1993. p. 191).

3. Sobre o livro Os Estabelecidos e os Outsiders

3.1 – Introdução e método

O livro "Os Estabelecidos e os Outsiders" é dividido em 10 partes, sendo a primeira parte a introdução e depois mais 9 capítulos como abaixo descritos:

Introdução – Ensaio teórico sobre as relações estabelecidos e outsiders

- 1 – Considerações sobre o método
- 2 – A formação das relações de vizinhança
- 3 – Visão Geral da Zona 1 e da Zona 2
- 4 – As famílias matrifocais da Zona 2
- 5 – As associações locais e a "rede de famílias antigas"
- 6 – Visão geral da Zona 3
- 7 – Observações sobre fofoca
- 8 – Os jovens de Winston Parva
- 9 – Conclusões

Winston Parva é um nome fictício de uma pequena cidade onde foi feita a pesquisa.

A pesquisa foi feita inicialmente para entender a alta delinquência juvenil em uma determinada região.

O trabalho de pesquisa foi feita pelo Norbert Elias juntamente com um professor de uma escola da localidade, John L. Scottson.

No desenvolver da pesquisa foram encontradas muitas variáveis sociais que não se perceberia se não fosse feito um trabalho minucioso das relações sociais existentes entre os moradores locais.

Entrevistas e fichas (de registro e escolares) foram alguns dos instrumentos de pesquisas que foram escolhidos para a colheita de dados e informações, que permitiam compilar dados quantitativos e apresentar alguns deles em forma de tabelas (perceba-se que dessa forma foi possível mensurar dados sociais em dados estatísticos).

Percabe-se que foram levantados dados se utilizando tanto da pesquisa quantitativa (gerar números através das informações colhidas) como qualitativa (foram analisados estruturas de moradia, entre outros).

Segundo Silva:

Pesquisa Quantitativa: considera que tudo pode ser quantificável, o que significa traduzir em números opiniões e informações para classificá-las e analisá-las. Requer o uso de recursos e de técnicas estatísticas (percentagem, média, moda, mediana, desvio-padrão, coeficiente de correlação, análise de regressão, etc.).

„ Pesquisa Qualitativa: considera que há uma relação dinâmica entre o mundo real e o sujeito, isto é, um vínculo indissociável entre o mundo objetivo e a subjetividade do sujeito que não pode ser traduzido em números. A interpretação dos fenômenos e a atribuição de significados são básicas no processo de pesquisa qualitativa. Não requer o uso de métodos e técnicas estatísticas. O ambiente natural é a fonte direta para coleta de dados e o pesquisador é o instrumento-chave. É descritiva. Os pesquisadores tendem a analisar seus dados indutivamente. O processo e seu significado são os focos principais de abordagem (SILVA, 2005, p.).

Outra fonte de pesquisa foi a observação informal, que auxilia na análise dos dados colhidos.

A observação informal é fundamental para encontrar os laços figuracionais existentes, é necessário que o pesquisador tenha condições de perceber essas interrelações de indivíduos e como ocorre a influência de um indivíduo junto a outro, assim como a pressão social para que o indivíduo professe uma dada idéia.

Ressalta-se que os instrumentos de pesquisas devem ser escolhidos com cautela para cada caso específico de acordo com o tipo de investigação que se pretende fazer e os dados que se busca levantar, e sua prática deve ter a possibilidade de repetição de tal forma que seja possível uma futura sujeição da pesquisa à testagem de validade da mesma.

As entrevistas foram feitas pelo professor John L. Scortson, tendo em vista que o mesmo já conhecia a comunidade local, e as pessoas se sentiam seguras para responderem sinceramente os questionamentos feitos (ELIAS, 2000, p. 53).

Os entrevistados foram escolhidos utilizando-se o registro eleitoral, de forma sistemática a cada trigésimo nome, para evitar direcionamentos (ELIAS, 2000, p. 53).

Cabe destacar que as técnicas de entrevistas e fichas foram elaboradas de tal forma a atingir o máximo possível a isenção do entrevistado, essa isenção é fundamental para se chegar a um resultado útil e verossímil.

Na técnica de entrevista é possível que a mesma seja feita de forma informal, ou seja que o entrevistado fale sobre os assuntos diversos mas dentro de um objetivo básico; podendo ser ainda focalizada, com a limitação de um assunto específico; ou ainda por pautas que já possui um direcionamento maior, sendo que o entrevistador faz algumas perguntas e deixa o entrevistado falar livremente; estruturada, em que o entrevistador faz uma série de perguntas mais diretas, com respostas mais curtas; e ainda as pesquisas podem ser face a face ou por telefone.

Segundo Gil ao falar sobre entrevista informal diz o seguinte:

Este tipo de entrevista é o menos estruturado possível e só se distingue da simples conversação porque tem como objetivo básico a coleta de dados. O que se pretende com entrevistas deste tipo é a obtenção de uma visão geral do problema pesquisado, bem como a identificação de alguns aspectos da personalidade do entrevistado.

A entrevista informal é recomendada nos estudos exploratórios, que visam abordar realidades pouco conhecidas pelo pesquisador, ou então oferecer visão

aproximativa do problema pesquisado. Nos estudos desse tipo, com freqüência, recorre-se a entrevistas informais com informantes-chaves, que podem ser especialistas no tema em estudo, líderes formais ou informais, personalidades destacadas etc. (GIL, 2008, p. 111).

Apesar de não constar no livro *Os Estabelecidos e os Outsiders*, possivelmente a pesquisa realizada foi a entrevista informal, onde é possível encontrar mais detalhes sobre as figurações sociais existentes.

Destaca-se que o livro traz em capítulo específico que trata sobre a metodologia utilizada no trabalho de pesquisa, enriquecendo enormemente o conteúdo do mesmo, abordando mais aprofundamente a análise configuracional.

Cabe destacar que o livro é fruto de um estudo descritivo de uma pesquisa descritiva, tendo sido usado os dados colhidos pelos instrumentos de pesquisas, juntamente com as observações, análises dos dados e a estrutura social (relações de poder) do objeto do tema estudado, tudo isso através de um estudo de caso.

O método de abordagem de pesquisa utilizada para análise da mesma é a configuracional, pois o autor percebe que não é possível separar o objeto de estudo (aumento da delinquência juvenil) de toda a figuração social existente na localidade, observando uma interdependência entre o indivíduo, as configurações do grupo social em que está inserido e o conseqüente aumento da delinquência juvenil.

A abordagem configuracional dado pelo autor Norbert Elias foi pela primeira vez utilizada no livro *"O processo Civilizatório"*, tanto no volume primeiro como no

segundo, dando-se ênfase nas relações sociais, que direcionam as relações de poder e a forma de figuração social existente nas localidades estudadas, deixando claro a interdependência entre indivíduos e a sociedade, sendo que no livro o processo civilizatório a ênfase se deu na interrelação entre o indivíduo, a sociedade e o próprio Estado (como um ente autônomo).

Já no livro em estudo, o autor enfatizou as figurações existentes através das interrelações entre indivíduos e as relações de poder entre grupos sociais, em um microsistema.

A pesquisa que gerou a produção do livro *Os Estabelecidos e os Outsiders* ocorreu em uma pequena cidade de aproximadamente 5000 (cinco mil) cidadãos e apenas parte da população foi entrevistada, no entanto, o autor (ELIAS, 2000 p. 44) defende que o método de abordagem utilizado possibilita projeções de resultados em ambientes maiores e com objetos diferentes, deixando claro que a metodologia indutiva pode ser aplicável nesse tipo de abordagem.

3.2. Sobre o Livro *Os Estabelecidos e os Outsiders*

Na cidade de nome fictício Winston Parva, havia menos de 5 mil habitantes.

Havia 3 bairros, chamados no trabalho de Zona 1; Zona 2 e Zona 3;

A Zona 1 era uma área residencial de classe média (ou ao menos os moradores assim denominavam);

Nas Zonas 2 e 3 eram áreas operárias, sendo que a maior parte das fábricas ficavam localizadas na Zona 2. Essas duas zonas tinham o mesmo tipo de moradores, sendo em sua grande maioria operários com a mesma faixa salarial.

Portanto, de um lado havia a Zona 1 com moradores da classe média, e do outro lado as Zonas 2 e 3 que não se diferenciavam aparentemente entre si, habitados principalmente por pessoas da classe operária com mesma faixa de renda.

Na pesquisa se percebeu que tanto os moradores da Zona 1 como os moradores da Zona 2 defendiam a idéia de que os moradores da Zona 2 possuíam um status social superior aos moradores da Zona 3.

No desenvolver da pesquisa, mas ainda no início da mesma, se percebeu, ao menos provisoriamente, que os motivos da diferenciação do status social entre os indivíduos das Zonas 2 e 3 eram o período que foram feitas as ocupação das mesmas.

A Zona 2 foi feita a ocupação por 2 a 3 gerações anteriores, enquanto na Zona 3, a ocupação estava recém feita.

Com os gráficos e dados que os autores do estudo tinham, se percebeu que não haviam diferenças grandes o suficiente entre as duas Zonas que justificassem a diferenciação de status entre os cidadãos senão pela época temporal da ocupação das referidas áreas.

Então surgiu outros questionamentos: Como e porque surgiu e se sedimentou essa diferenciação de status entre os moradores das Zonas 2 e 3?

Para responder as indagações supra, verificou-se que não eram os fatores quantificáveis e variáveis que podiam explicar essa diferenciação, excluindo os modelos clássicos de métodos de estudos sociais utilizados à época, voltados a medição de fatores ou variáveis, como se cada um deles existisse independentemente e pudessem variar entre si, sem levar em consideração a configuração social completa da área estudada (fl. 53).

Além disso, o pressuposto de que as atitudes e crenças do indivíduo, constatado em entrevistas, se formou independente da interferência de outros indivíduos e da configuração social fica descartada.

Ficou descartada ainda o pressuposto, muito utilizado na época, de que a distribuição de poder seria uniforme entre todos os indivíduos, uma vez que ficou claro que as opiniões de outros indivíduos (do grupo social) influenciavam na atitude e opiniões de um indivíduo (ELIAS, 2000 p. 54).

Além disso, se percebeu que havia uma pressão sobre a Zona 2 para que os indivíduos desta zona se comportassem de uma mesma forma com relação aos indivíduos da Zona 3, formando uma pressão social sedimentada e estruturada em todos os níveis de convivência, o que não ocorreu de forma rápida.

Por consequência, com a pressão organizada, coesa e sedimentada, por conta de uma estrutura social já sedimentada por décadas na Zona 2, a construção de uma imagem depreciativa dos indivíduos da Zona 3 se formou e se espalhou de forma rápida.

Já o contrário, verificando que a Zona 3 era formada por indivíduos que eram recém chegados e não tinham uma estrutura social sedimentada entre os indivíduos dessa Zona, os vizinhos pouco se conheciam, não havia uma relação forte entre eles, assim, acabou-se incorporando entre os próprios cidadãos a imagem depreciativa dos mesmos, inclusive com estigmas sociais.

Os estudos verificaram que quando os indivíduos da Zona 2 lançava uma imagem depreciativa contra os indivíduos da Zona 3 (como por exemplo: no bairro há casas muito simples), na grande maioria das vezes eram verdades, mas somente se aplicavam a um grupo minoritário da Zona 3, e quando lançavam uma imagem muito positiva dos indivíduos da Zona 2 (como por exemplo: no bairro há casas bem estruturadas), também na grande maioria das vezes eram verdades, mas somente se aplicavam a um grupo minoritário da Zona 2.

Ou seja, os indivíduos da Zona 2 generalizavam as depreciações com relação aos indivíduos da Zona 3 e da mesma forma, generalizavam as imagens positivas dos indivíduos da Zona 2.

Isso se dava através de fofoca, com força das configurações sociais.

Muitos indivíduos da Zona 3 acabavam por incorporar os estigmas sociais lançados contra si, acreditando e praticando os mesmos.

Os indivíduos da Zona 2 por serem uma comunidade já sedimentada há muito tempo tinha muitos vínculos de parentesco entre eles, facilitando e dando força à configuração social existente, destacando ainda que os indivíduos dessa zona faziam parte dos grupos sociais existentes na localidade, tais como associações de bairros, ente outros, paróquias, entre outros arranjos sociais, permitindo que as ideias defendidas pelo grupo espalhassem mais rapidamente.

O 'Estabelecidos' por terem uma forte coesão social e por se 'colocarem acima' dos indivíduos da zona 3, em uma disputa de poder, não permitiam ou dificultavam a integração aos espaços públicos de poder aos indivíduos da Zona 3, tais como agentes comunitários, residentes ou gestores de associações, organização das igrejas etc.

Com relação aos índices de crimes praticados por menores, em que pese serem as minorias dos jovens que praticavam alguma conduta criminosa, à maioria dos que praticavam eram moradores da Zona 3.

Isso ocorria pois na Zona 3 havia poucas "amarrações sociais" aos indivíduos, fazendo com que o controle dos jovens fosse feito basicamente por seus pais, que trabalhavam e que tinham pouco tempo para os mesmos.

Já na Zona 2, por conta da existência da complexa configuração social havia um controle grande sobre os indivíduos, inclusive sobre os jovens, dificultando o desvio de conduta social.

Assim, esses jovens da Zona 2 não ficavam apenas no controle dos pais, havia controle em várias faces da vida social do indivíduo, seja na escola, igreja, vizinhos, entre outros, possibilitando aos pais rapidez no conhecimento de eventuais desvios de condutas dos filhos, favorecendo tomadas rápidas de decisões.

Na conclusão, Norbert Elias reafirma suas exposições em processo civilizador, embasado na premissa de que:

...num ambiente relativamente estável, o código de conduta mais sofisticado e o maior grau de autocontrole costumam associar-se a um grau mais elevado de disciplina, circunspeção, previdência e coesão grupal. Isso oferece recompensas sob a forma de status e poder; para contrabalancear a frustração das limitações impostas e da relativa perda de espontaneidade. Os tabus compartilhados e o comedimento característico reforçam os laços que unem a rede de 'melhores famílias'. ... "As pessoas 'inferiores' tendem a romperem tabus que as 'superiores' são treinadas a respeitar desde a infância. O desrespeito a esses tabus, portanto, é um sinal de inferioridade social. Com frequência, fere profundamente o sentimento de bom gosto, decência e moral das pessoas 'superiores'. – em suma, seus sentimentos de valores afetivamente arraigados. Desperta nos grupos 'superiores', conforme as circunstâncias, raiva, hostilidade, repulsa ou desdém; enquanto a adesão a um código comum facilita a comunicação, infringi-lo cria barreiras (ELIAS, 2000 p. 171).

Assim, enquanto os estabelecidos possuem hábitos comuns, se encontram em uma rede de tradições, crenças, hábitos sedimentados entre eles, reforçado ainda pela linha de parentesco, os outsiders, ao contrário, são pessoas diferentes entre si, que desconheciam as tradições e hábitos dos estabelecidos, eram de lugares distintos, não havia uma interligação entre os mesmos, seus hábitos, tradições, as crenças eram diferentes, inclusive entre si, dificultando a criação e estabelecimento de uma rede de interação forte entre os mesmos.

A análise das configurações de poder é importante quando se analisa, por exemplo, o motivo do preconceito, ou outras formas de disfunções sociais, pois se

analisa o que ocorreu para o desenvolvimento da disfunção, o como a mesma está estabelecida. Assim, ela analisa o caráter não examinado da seletividade e dos juízos de valor da disfunção social.

Considerações finais

O método utilizado pelos autores, com um abordagem configuracional, permitiu que se percebessem respostas em uma pesquisa que em outros tipos de abordagem não perceberiam, quebrando-se um paradigma de que a pesquisa científica deve conter exclusivamente métodos racionais e não empíricos.

Assim, as relações de poder e suas figurações ganham ênfase nesse tipo de pesquisa, chegando à resultados mais próximos da realidade, possibilitando-se surgimento de estudos que possam contribuir com as soluções dos objetos dos mesmos.

O estudo das figurações dentro das relações de poder permite às ciências sociais a atingirem patamares de exatidão difíceis de serem alcançados em métodos tradicionais ou puramente estatísticos.

Portanto, o estudo das relações de poder e as configurações sociais permitem uma ampla análise de objetos de estudos inseridos em grupos populacionais, possibilitando análises de pequenos ou grandes grupos de pessoas ou ainda minorias sociais.

Ressaltando que nesse tipo de abordagem é necessário entender as figurações sociais e relações de poder em que se focaliza o objeto de estudo e um ponto que deve ser destacado é que se trata de um retrato social, podendo ter respostas diferentes com o passar do tempo, por diversas possibilidades de interferências ou mudanças nos aspectos sociais e econômicos no local em estudo.

Destaca-se também, que as figurações sociais possuem uma formação histórica.

Por fim, há clara multidisciplinidade nesse tipo de abordagem como muito bem afirma MARTINS ao comentar sobre a abordagem feita pelo Norbert Elias junto ao livro em estudo, ao defender que há “outros fatores de ordem psicológica, histórica e sociológica que contribuem a este fenômeno”.

Por último, esse tipo de abordagem pode ser utilizada em vários tipos de estudos, inclusive nos que envolvem problemas sociais dentro de uma dada população, especialmente que envolvem minorias populacionais.

Referências

ELIAS, Norbert; e SCOTSON, John. L.; **Os estabelecidos e os outsiders**: sociologia das relações de poder a partir de uma comunidade. Tradução Vera Ribeiro; tradução do posfácio à edição alemã, Pedro Süssekind – Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2000.

_____. **O Processo Civilizador**. Volume 1: Uma História dos Costumes. Tradução: Ruy Jungmann. Revisão, apresentação e notas: Renato Janine Ribeiro. 2. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.

_____. **O Processo Civilizador**. Volume 2: Formação do Estado e Civilização. Tradução: Ruy Jungmann. Revisão, apresentação e notas: Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1993.

FOULKES, S. H. **Introducion to group analytic psychotherapy**. Heinemann: Londres, 1948. reimprinted by Routledge, 2018. On line book.

GIL, Antonio Carlos. **Métodos e técnicas de pesquisa social**. 6. ed. - São Paulo: Atlas, 2008.

MARTINS. Ludmila Gonçalves. **Os estabelecidos e os outsiders**: um convite para repensar heranças Histórico-sociológicas. Revista Simbiótica, UFES, v. ún., n. 01, junho-2012.

MENNELL, Stephen. **Sobre Norbert Elias**. Disponível em <http://norbert-elias.com/pt/sobre-norbert-elias/>, acessado em 12/mar/2022.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

MINAYO, Maria Cecília de Souza (organizadora). **Pesquisa social: teoria, método e criatividade**. 26. ed. Petrópolis, RJ : Vozes, 2007.

SILVA, Edna Lúcia da. **Metodologia da pesquisa e elaboração de dissertação**/Edna Lúcia da Silva, Eстера Muszkat Menezes. – 4. ed. rev. atual. Florianópolis: UFSC, 2005.

CONSTITUIÇÃO DIRIGENTE: DIREITO, MERCADO E LIBERALISMO

Kadmo Silva Ribeiro

Doutorando em Desenvolvimento Regional e Urbano pela Universidade Salvador (UNIFACS); mestre em Direito pela Faculdade Guanambi; mestrando em Direito Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro universitário IESB; tabelião e oficial de Registro de Imóveis, atuou como advogado.

Paulo Joviniano Alvares dos Prazeres

Doutorando em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; doutorando em Ciências da Educação pela Universidad Autonoma de Asuncion UAA; doutorando em Direito e Ciências Sociais pela Universidad Nacional de Cordoba UNC; mestre em Direito pela Faculdade Damas da Instrução Cristã FADIC; mestre em Ciências da Educação pela Universidad Del Sol UNADES; bacharel em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco UNICAP; membro associado e avaliador do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito - CONPEDI; avaliador do Conselho de Altos Estudos em Direito (CAED-Jus); presidente da Academia de Letras Jurídicas de Olinda; tabelião oficial de Registro, Notas e Protestos no Estado da Paraíba.

Resumo

O artigo objetiva analisar o conceito de constituição e direitos sociais em Habermas e Tocqueville, para detectar quais são as suas possíveis contribuições para as constituições dirigentes. Para tanto serão estudadas noções sobre as constituições dirigentes e direitos sociais, bem como serão analisados institutos jurídicos na visão de Habermas e Alexis de Tocqueville. E posteriormente serão estudados o Direito, o mercado e o liberalismo e a relação com a constituição dirigente.

Palavras-chave: Constituições dirigentes. Direitos sociais. Jurgen Habermas. Alexis de Tocqueville.

DIRECTIVE CONSTITUTION AND SOCIAL RIGHTS: A STUDY BASED ON HABERMAS AND TOCQUEVILLE

Abstract

The article discusses the concept of constitution and social rights in Habermas and Tocqueville, to detect which are their possible contributions to the directive constitutions. To this end, directive constitutions and social rights will be studied, as well as will be analyzed legal institutes in the view of HABERMAS and Alexis de Tocqueville. And later, the Law, the market and liberalism will be studied and the relations with directive constitution.

Keywords: Directive constitution. Social rights. Jurgen Habermas. Alexis de Tocqueville.

1. Introdução

As constituições dirigentes exigem direitos prestacionais por parte do Estado, que deve também participar intervindo ativamente na economia. Nas Constituições dirigentes está previsto um futuro ideal a ser perseguido pelo Estado no qual o conteúdo material fixado no programa constitucional deverá determinar a atividade legislativa.

Dentro dessas constituições obrigatoriamente devem constar os direitos sociais, que são excelentes exemplos de prestação estatal. Tais direitos serão abordados sob a visão de Habermas e de Tocqueville. Neste artigo será analisado o conceito de direitos sociais e constituição em Habermas, extraído do texto chamado "Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional" em que ele critica um estudo de Charles Taylor sobre a "política do reconhecimento". Todavia não será estudado aqui do que se trata tal política na visão de Charles Taylor, por não se tratar do objeto de estudo deste artigo.

Primeiramente, serão estudadas as constituições dirigentes, que surgem no Estado Social, trazendo a lume direitos prestacionais pelo Estado, que deve também participar intervindo ativamente na economia, e não mais apenas como um espectador da economia, que apenas oferece liberdade aos seus cidadãos. Nas Constituições dirigentes está previsto um futuro ideal a ser perseguido pelo Estado. o conteúdo material fixado no programa constitucional deverá determinar a atividade legislativa, sendo determinante para estabelecer o modo como as gerações futuras tomarão as suas decisões políticas, isto é, o legislador estaria vinculado ao programa constitucional, de modo que deveriam obedecer os mandamentos constitucionais no que diz respeito aos procedimentos e aos programas de ação. A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 adotou o modelo programático de constituição.

Em seguida, o conceito de constituição para Habermas, para quem as constituições modernas são pautadas na ideia de que os cidadãos formam voluntariamente uma comunidade legal de associados livres e iguais.

Logo após, Alexis de Tocqueville compara a sociedade democrática com a sociedade aristocrática, afirma crer que os povos democráticos têm um gosto natural pela liberdade; entregues a si mesmos, eles a procuram, amam-na e condoem-se quando os afastam dela. Mas têm pela igualdade uma paixão ardente, insaciável, eterna, invencível; querem a igualdade na liberdade e, se não a podem obter, querem-na também na escravidão. Afirma que suportarão a pobreza, a submissão, a barbárie, mas não suportarão a aristocracia

Finalmente, analisam-se o direito, o mercado e o liberalismo, sendo que a mera observação das transações que ocorrem no mercado permite concluir que não se trata de espaço onde se colocam demandas sociais, pois cada um que dele participa busca maximizar suas próprias vantagens, e não o bem estar social e que esse talvez seja o principal motivo pelo qual a análise econômica do comportamento social dos indivíduos que se defrontam com escolhas infinitas e recursos escassos não tem qualquer serventia para o direito.

Os liberais exaltavam como valores básicos a serem defendidos o individualismo e as liberdades individuais como forma de desafio e limite ao poder político do Estado, apontando ainda que Keynes visualizou que a livre atividade do mercado de forma pura pode ocasionar momentos desconfortáveis para o sistema econômico e social.

O artigo objetiva analisar o conceito de constituição e direitos sociais em Habermas e Tocqueville, para detectar quais são as suas possíveis contribuições para as constituições dirigentes.

2. Teoria das constituições dirigentes

As constituições dirigentes possuem as garantias da liberdade individual típicas das primeiras constituições liberais, mas além delas possuem programas, metas e objetivos a serem executados pelo Estado e pela sociedade. Estas constituições surgem no Estado Social, trazendo a lume direitos prestacionais pelo Estado, que deve também participar intervindo ativamente na economia. Nas Constituições dirigentes está previsto um futuro ideal a ser perseguido pelo Estado. E foi a Constituição Portuguesa de 1976, ainda em vigor, a que melhor expressou o dirigismo, estabelecendo como objetivos a serem perseguidos a igualdade e a justiça social. Possui o dirigismo um conceito material de legitimidade: “as Constituições devem conter não só normas que determinam limites (Constituição garantia)” e procedimentos ou “processos (Constituição como processo ou instrumento de governo) para a atividade política, mas também normas definidoras de finalidades políticas e econômicas” (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 336).

Assim, a Constituição dirigente impõe a tendência das leis fundamentais para: “(1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (direção) do processo político social” (CANOTILHO, 2001, p. 169).

Desse modo, o conteúdo material fixado no programa constitucional deverá determinar a atividade legislativa, sendo determinante para estabelecer o modo como as gerações futuras tomarão as suas decisões políticas, isto é, o legislador estaria vinculado ao programa constitucional, de modo que deveriam obedecer os mandamentos constitucionais no que diz respeito aos procedimentos e aos programas de ação. Assim, as leis só possuiriam legitimidade material se concretizassem as diretrizes instituídas no texto constitucional. Todavia, para Canotilho não seria o Poder

Judiciário que colocaria o Poder Legislativo nos trilhos das diretrizes constitucionais, mas a participação popular.

Entretanto, no Brasil a chegada da Constituição Dirigente trouxe também a sua combinação com “institutos dogmáticos e processuais tendentes à efetivação judicial da Constituição” (SARMENTO e SOUZA NETO, 2012, p. 160), em virtude de ser “menor o nível de organização e atuação política da sociedade civil” (KRELL, 2000), o que levou ao aumento da responsabilidade do Poder Judiciário na concretização das normas constitucionais.

E, embora o próprio Canotilho tenha desacreditado de certo modo a sua teoria da Constituição dirigente, descrente na possibilidade de o Direito alterar significativamente a realidade, defende-se que a teoria da Constituição dirigente seria adequada ao Brasil, porque a Constituição Federal de 1988 é uma Constituição dirigente, sendo que uma teoria da Constituição no Brasil, para ser constitucionalmente adequada, deve ser uma teoria da Constituição dirigente (BERCOVICI, 1999). Além disso, seria adequada no Brasil por conta do não cumprimento das “promessas da modernidade”, positivadas no texto constitucional, como os direitos fundamentais, e em virtude do funcionamento distorcido de nossa democracia representativa, características da realidade periférica brasileira (STRECK, 2003).

3. Habermas e os direitos sociais

Jürgen Habermas afirma que as constituições modernas são pautadas na ideia de que os cidadãos formam voluntariamente uma comunidade legal de associados livres e iguais (HABERMAS, p. 125, 1994).

Antes de avançar no pensamento do filósofo alemão, já se faz aqui uma parada para analisar brevemente a força de tal afirmação inicial, qual seja a de que os cidadãos seriam associados livres e iguais.

Pois há quem entenda que liberdade e igualdade normalmente sejam conceitos excludentes reciprocamente. Quando Alexis de Tocqueville compara a sociedade democrática com a sociedade aristocrática, afirma crer que os povos democráticos têm um gosto natural pela liberdade; entregues a si mesmos, eles a procuram, amam-na e condoem-se quando os afastam dela. Mas têm pela igualdade uma paixão ardente, insaciável, eterna, invencível; querem a igualdade na liberdade e, se não a podem obter, querem-na também na escravidão. Suportarão a pobreza, a submissão, a barbárie, mas não suportarão a aristocracia (TOCQUEVILLE, 2000).

À medida que as condições se igualam, encontramos um número maior de indivíduos que, apesar de já não serem ricos nem poderosos o bastante para exercer uma grande influência sobre a sorte de seus semelhantes, adquiriram ou conservaram luzes e bens suficientes para poderem se manter por si sós. Não devem nada a ninguém, não esperam, por assim dizer, nada de ninguém; acostumam-se a se considerar sempre isoladamente, imaginam de bom grado que seu destino inteiro está em suas mãos (TOCQUEVILLE, 2000).

Assim, não apenas a democracia faz cada homem esquecer de seus ancestrais, mas lhe oculta seus descendentes e o separa de seus contemporâneos; ela o volta sem cessar para si mesmo e ameaça encerrá-lo, enfim, por inteiro, na solidão de seu próprio coração. E para combater os males que a igualdade pode produzir, há um só remédio eficaz: a liberdade política (TOCQUEVILLE, 2000).

Retomando na esteira de Habermas, o autor questiona se uma teoria dos direitos construída em bases individualísticas poderia lidar adequadamente com as

lutas pelo reconhecimento nas quais é a articulação e a asserção de identidades coletivas que parece estar em jogo (HABERMAS, 1994).

Habermas expõe uma forma de ver a constituição como um projeto histórico, que cada geração de cidadãos escolhe se continua ou não a adotar, devendo o exercício do poder político no estado democrático constitucional fazer um tratamento institucionalizado dos problemas e garantir que a mediação de interesses seja regulada processualmente. Mas, na arena política, os que se deparam uns com os outros são atores coletivos lutando por objetivos coletivos e pela distribuição de bens coletivos (HABERMAS, 1994).

Além disso, Habermas afirma que apenas no tribunal e no discurso legal os direitos são defendidos como direitos individuais contestáveis pelos quais se pode mover uma ação judicial, pois a lei existente pode ser interpretada de novas maneiras em diferentes contextos visando novas necessidades e novos interesses. E o autor aponta que uma nova forma de interpretar tais leis seria com a luta pela interpretação e satisfação das reivindicações historicamente não cumpridas, que é a luta pelos direitos legítimos nos quais os atores coletivos estão mais uma vez envolvidos, combatendo uma falta de respeito pela sua dignidade e nesta "luta pelo reconhecimento" as experiências coletivas da integridade violada estão articuladas (HABERMAS, 1994).

Já o liberalismo e a democracia social, que são produtos dos movimentos de emancipação burgueses e do movimento trabalhista europeu apontam para o sentido de que seria possível conciliar a luta pelo reconhecimento com uma teoria dos direitos planejada individualmente. O filósofo alemão entende que tanto a emancipação burguesa quanto o movimento trabalhista europeu sejam:

tentativas para ultrapassar a privação de direitos dos grupos desprivilegiados e com isso a divisão da sociedade em classes sociais;

mas se a reforma social liberal entrou em jogo, a luta contra a opressão de colectividades privadas de oportunidades sociais iguais tomou a forma de luta pela fraternidade universalista dos direitos humanos. Desde a bancarrota do estado socialista que esta perspectiva tem sido realmente a única que resta: o estatuto de um assalariado dependente deve ser suplementado com direitos a uma participação social e política, e é dada à população a oportunidade de viver com uma expectativa realista de segurança, justiça social e riqueza (HABERMAS, 1994, p. 126).

Por isso afirma que uma distribuição mais equitativa dos bens coletivos seria compensada pelas condições desiguais da vida nas sociedades capitalistas.

4. Direito, mercado e liberalismo

Ao falar em direitos sociais e em constituições dirigentes, faz-se importante a esta altura analisar as relações do Direito com o mercado, o que será feito com base nas lições de Neide Malard, bem como conceituar o liberalismo e o que se oporia a ele, o que será feito com base nos ensinamentos de Paulo José Leite Farias.

Para Neide Malard (2016), há os que afirmam que a humanização da economia e, portanto, a sua juridicização, poderia conduzir à perda das possibilidades dos indivíduos de empreenderem, razão por que a atuação do Estado no domínio econômico deveria conformar-se com os ensinamentos das ciências econômicas, que é capaz de analisar a conduta econômica de forma isenta (MALARD, 2016).

Todavia, a economia não deve ser vista como uma calculadora em que os problemas são colocados numa ponta e as soluções saem na outra, de modo que o problema decorre da falta de homogeneidade no meio social, pois não existe igualdade de condições, cujo termo latino é *ceteri paribus*, o que compromete a aplicação dos modelos econômicos ao ambiente social, o qual se caracteriza pela

pluralidade de indivíduos cujas reações, hábitos e ideias são as mais diversas possíveis (MALARD, p. 226, 2016).

Continua a autora afirmando que as leis da economia desenham o mercado como uma entidade abstrata em que as pessoas que constituem o mercado teriam as mesmas reações diante de determinadas circunstâncias, ao pressuposto de que todas elas estariam racionalmente maximizando suas escolhas. Contudo:

no fundo fático não é bem assim que se apresentam as diversas situações em que se envolvem os indivíduos, devendo-se considerar, sobretudo, que só pode maximizar alguma coisa aquele que a tem sob seu domínio. A mera observação das transações que ocorrem no mercado permite concluir que não se trata de espaço onde se colocam demandas sociais, pois cada um que dele participa busca maximizar suas próprias vantagens, e não o bem estar social. Esse talvez seja o principal motivo pelo qual a análise econômica do comportamento social dos indivíduos que se defrontam com escolhas infinitas e recursos escassos não tem qualquer serventia para o direito, se não for capaz de apontar uma solução que conduza a uma distribuição equitativa desses recursos, de sorte a promover a justiça social. Se a economia, como uma ciência social, não se tornar uma ciência "humanizada", não será de utilidade para a sociedade e, conseqüentemente, para o Direito (MALARD, 2016, p. 226).

E continua a autora afirmando que a economia, ao estudar as decisões dos indivíduos em face de recursos finitos não contempla um ambiente de objetividade, despido de considerações acerca de valores éticos (MALARD, 2016, p. 226). E uma teoria econômica:

elaborada a partir de um conjunto de juízos de fato, formados em uma realidade determinada, com função meramente informativa, não se presta para avaliações generalizadas do ambiente social. Os postulados econômicos de pretensa aplicação universal constituem mera doutrina econômica, impregnada de elementos morais, filosóficos, políticos e psicológicos. Não é por outra razão que os marxistas veem na concorrência certa autofagia, enquanto os apoiadores de Keynes apresentam várias justificativas para as intervenções do Estado no

domínio econômico e os liberais defendem a eficiência dos mercados com louvores ao *laissez-faire* (MALARD, 2016, p. 226).

A autora afirma que a politização do elemento econômico e a sua inclusão na constituição federal já demonstram que a ciência econômica não é neutra. Afirmando que a Constituição de 1988 não se manteve imparcial diante do leque de alternativas que se lhe abriram durante seu processo de elaboração (MALARD, 2016, p. 226).

Quando da discussão da criação da Constituição de 1988, discutia-se no mundo inteiro sobre a globalização econômica, a formação da Organização Mundial do Comércio e a adoção de um novo padrão de gestão da economia, “baseado em princípios neoliberais que sublimam o mercado e as organizações privadas, posicionando-se nessas discussões ao incorporar em seu texto elementos do neoliberalismo e do intervencionismo” (MALARD, p. 227, 2016, p. 227).

Desse modo, existe um desafio muito grande ao se politizar o econômico, desafio este que se apresenta para o Estado e para o mercado, que é a manutenção da paz social:

tarefa que se torna bastante complexa em um quadro de desagregação social caracterizado pela desigualdade extrema. Diz-se “extrema” porque a desigualdade, em algum grau, é inerente à própria natureza humana, sendo impossível eliminá-la por completo. Não é por outra razão que a Constituição utiliza o termo “redução”, e não “eliminação” das desigualdades, diferentemente do que ocorre quando trata da pobreza, ao determinar a sua erradicação. A literatura, em geral, quando trata da desigualdade extrema, está a se referenciar a uma desigualdade estrutural, produto da falta de oportunidades que deveriam ser asseguradas aos indivíduos pelo Estado, a fim de, ao longo do tempo, torná-los capazes de superar suas dificuldades. Trata-se de uma desigualdade quantitativa – muitas pessoas excluídas – e de uma desigualdade qualitativa – acentuado grau de pobreza,

que impede o acesso dos indivíduos a bens que satisfaçam as suas mais básicas necessidades (MALARD, 2016, p. 227).

Reduzir as desigualdades não é tarefa fácil em lugar algum, mas a Constituição tentou livrar a República dessa tarefa, criando espaços de participação democrática e estabelecendo diretrizes econômicas e políticas que permitam ao Estado e ao mercado atuar de forma integrada, para enfrentarem esse desafio juntos. E afirma a autora que:

apesar de a ideologia liberal dotar o mercado de atribuições muito importantes, como a alocação dos recursos, o nível de confiança nele depositado não é muito alto. Em geral, investidores e consumidores percebem o mercado mais como um espaço sujeito a instabilidades do que como uma ordem natural harmônica; um espaço de competição, e não de cooperação; um local em que cada um empurra o outro para apropriar-se de um produto ou serviço por considerá-lo um bom negócio (MALARD, 2016, p.228).

Nesse ponto, conforme citado acima, faz-se importante esclarecer o que seria o liberalismo e o que se oporia a ele, conforme explicação de Paulo José Leite Farias, os liberais exaltavam como valores básicos a serem defendidos o individualismo e as liberdades individuais como forma de desafio e limite ao poder político do Estado. (FARIAS, 2016, p. 254).

E o próprio liberalismo passa por diversas fases, sendo que:

Já a última década do século assiste a um refluir das soluções socializantes de diversas vertentes, com o remontar da maré liberalista, voltada a conter o Estado dentro de limites mais acanhados, ao que se tem chamado de Estado mínimo. Privatização e desregulamentação têm-se constituído em balizas fundamentais no plano interno, com a globalização, querendo significar a livre circulação internacional de produtos e fatores, a complementá-las no plano internacional (NUSDEO, 2000, p. 208).

Paulo José Leite Farias afirma que se evidencia que, no plano econômico, podem ser visualizados dois sistemas econômicos que se contrapõem ao liberalismo com diferentes graus de intervenção estatal: o intervencionismo em sentido estrito (economia de mercado com ajustes) e o socialismo (economia em que o Estado é o proprietário exclusivo dos meios de produção) (FARIAS, 2016, p. 254).

Continua Paulo Leite Farias explicando que ao Estado Social, também chamado de Estado promotor do bem-estar, relacionam-se os sistemas econômicos intervencionistas, enquanto que ao Estado Liberal, Estado não intervencionista, correlaciona-se o sistema econômico liberal (FARIAS, 2016, p. 255).

Todavia, em ambas as formas o Estado intervém na economia, seja direta ou indiretamente. Conforme se pode visualizar:

Na época liberal, as poucas intervenções diretas dos Estados na produção de bens e de serviços restringiam-se aos investimentos em infraestrutura. Assim, as leis de mercado ocasionavam sérios efeitos negativos no campo social e econômico. Não haveria forças automáticas de mercado, aptas para ajudar a economia a sair do subemprego e voltar a aproximar-se do pleno emprego. Ainda na década de 1930, Keynes lança a teoria revolucionária do déficit sistemático das contas públicas como mecanismo de estímulo à atividade econômica em períodos recessivos (FARIAS, 2016, p. 255).

E Keynes visualizou que a livre atividade do mercado de forma pura pode ocasionar momentos desconfortáveis para o sistema econômico e social:

na noção de “pleno emprego”, “subemprego” e da necessidade de intervenção estatal, inclusive sem lastro econômico (“déficit sistemático das contas públicas”). A ação estatal de combate à recessão significou a intervenção do Estado na economia, com ênfase, em primeiro momento, na função de Estado-produtor e, também, na de agente regulador (por exemplo: na edição de legislação social garantidora dos direitos trabalhistas e previdenciários). Nesse contexto, os direitos de segunda

geração podem ser vistos como reflexo da intervenção estatal na economia. Também, os direitos de terceira geração, já vistos, destacam a importância do Estado regulador e presente na moldura do fenômeno econômico (FARIAS, 2016, p. 254-255).

Por isso Habermas questionou se uma teoria do direito pautada em bases individualística podem visar a uma defesa de reconhecimento de direitos coletivos, afirmando ser possível, e explica que desde a bancarrota do estado socialista, a perspectiva de um estado social parece ser a única saída e em tal estado social "o estatuto de um assalariado dependente deve ser suplementado com direitos a uma participação social e política, e é dada à população a oportunidade de viver com uma expectativa realista de segurança, justiça social e riqueza" (HABERMAS, 1994, p. 127). E continua afirmando que "uma distribuição mais equitativa dos bens coletivos seria compensada pelas condições desiguais da vida nas sociedades capitalistas" (HABERMAS, 1994, p. 127).

Afirma Habermas que o objetivo de um estado de bem estar social seria completamente compatível com a teoria dos direitos, porque os bens primários (no sentido de John Rawls) são ou distribuídos entre os indivíduos, como o dinheiro, tempo livre e serviços, ou são usados pelos indivíduos, como as infraestruturas de transporte, saúde ou educação, e podem se tornar reivindicações individuais por benefícios.

Todavia, o próprio Habermas observa que:

À primeira vista, no entanto, as reivindicações pelo reconhecimento das identidades culturais e pelos direitos iguais às formas culturais da vida são um assunto diferente. Feministas, minorias nas sociedades multiculturais, pessoas a lutar pela independência nacional, e regiões outrora colonizadas pedindo a igualdade das suas culturas a um nível internacional - são tudo lutas correntes por tais reivindicações (HABERMAS, 1994, p. 127).

E afirma Habermas que o reconhecimento das formas culturais da vida e das tradições que foram marginalizadas, quer num contexto de uma cultura majoritária quer numa sociedade eurocêntrica global, não exige garantias de estatuto e de sobrevivência (HABERMAS, 1994, p. 127).

Considerações finais

As constituições dirigentes devem intervir na economia e criar programas a serem atingidos pelo estado, e para isso deve-se levar em consideração o cuidado de que a economia, ao estudar as decisões dos indivíduos em face de recursos finitos não contempla um ambiente de objetividade, despido de considerações acerca de valores éticos (MALARD, p. 226, 2016).

As constituições dirigentes partem do pressuposto de que os cidadãos não são iguais, apesar de terem o direito de serem iguais, por isso cria programas a serem seguidos pelo legislador, para possibilitarem a efetivação de direitos sociais e individuais. Nesse contexto, afasta-se do conceito genérico de constituição para Habermas, para o qual as constituições modernas são pautadas na ideia de que os cidadãos formam voluntariamente uma comunidade legal de associados livres e iguais. Pois caso se parta da condição de igualdade, não haveriam programas a serem cumpridos.

Habermas expõe uma forma de ver a constituição como um projeto histórico, que cada geração de cidadãos escolhe se continua ou não a adotar, devendo o exercício do poder político no estado democrático constitucional fazer um tratamento institucionalizado dos problemas e garantir que a mediação de interesses seja regulada processualmente. Mas, na arena política, os que se deparam uns com os outros são atores coletivos lutando por objetivos coletivos e pela distribuição de bens coletivos (HABERMAS, 1994, p. 126). Esse modo de ver é típico de enquadramentos conceituais

de constituições liberais, pois não delega ao Estado funções ativas, positivas de persecução de direitos e intervenção na economia e na promessa de garantia de direitos.

Já Alexis de Tocqueville, ao comparar a sociedade democrática com a sociedade aristocrática, diferencia bem a liberdade e a igualdade em cada sistema, ao afirmar que os povos democráticos têm um gosto natural pela liberdade; entregues a si mesmos, eles a procuram, amam-na e condoem-se quando os afastam dela. Mas têm pela igualdade uma paixão ardente, insaciável, eterna, invencível; querem a igualdade na liberdade e, se não a podem obter, querem-na também na escravidão. Naturalmente o autor é um aristocrata e fala sobre a igualdade num contexto de tentativa de convencimento do leitor de que a aristocracia seria um bom sistema político e social, o que é descabido na atualidade, mas afirma algo semelhante ao defendido pelo constitucionalismo dirigente, que é a vontade dos democratas de atingirem a igualdade como um projeto a ser perseguido.

Tais compreensões de direitos sociais diversas das estudadas nas academias do Direito são importantes para por à prova os conceitos jurídicos com relação aos conceitos analisados em outras ciências, que são fontes sempre necessárias à ciência jurídica e o seu estudo, sem o condão de esgotamento, são fundamentais para fazer aumentar o diálogo entre as áreas de conhecimento sociais e das humanidades, que devem dialogar para o avanço da sociedade.

Referências

BERCOVICI, G. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, v. 4, n. 15, p. 7-17, 1999.

CANOTILHO, J. J. G. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

FARIAS, Paulo José Leite. Desenvolvimento sustentável e meio ambiente em um mundo globalizado. **Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB**: Brasília, v.1, n.1, jul./dez., 2016.

HABERMAS, Jurgen. Lutas pelo reconhecimento no estado democrático constitucional. In: TAYLOR, Charles.; APPIAH, K; HABERMAS, Jurgen; ROCKFELLER, Steven; WALZER, Michael; WOLF, Susan. **Multiculturalismo**. Lisboa, Portugal: Piaget, 1994.

KRELL, A. J. Controle judicial dos serviços públicos básicos na base dos direitos fundamentais sociais. In: SARLET, I. W. (.). **A Constituição concretizada**: construindo pontes entre o público e o privado. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

MALARD, Neide Teresinha. Expectativas do mercado, garantias sociais e segurança jurídica. **Revista do Observatório de Direitos Humanos do Curso de Direito IESB**: Brasília, v.1, n.1, jul./dez., 2016.

NUSDEO, Fábio. **Curso de economia**: introdução ao direito econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. D. **Direito constitucional**: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

STRECK, L. L. O papel da jurisdição constitucional na realização dos direitos sociais-fundamentais. In: SARLET, I. W. (.). **Direitos fundamentais sociais**: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. São Paulo: Renovar, 2003.

TOCQUEVILLE, Alexis de. **A democracia na América**: sentimentos e opiniões : de uma pro-fusão de sentimentos e opiniões que o estado social democrático fez nascer entre os americanos, tradução Eduardo Brandão. São Paulo : Martins Fontes, 2000.

A EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO SINDICALISMO NO BRASIL

Thiago Augusto Brandão Nunes Ribeiro

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; advogado.

José Rossini Campos de Couto Corrêa

Livre Docente em Direito pela Emill Brunner World University; doutor em Direito Internacional pela American World University; doutor em Theology pela Antioch Christian University; Honorary Doctor in Laws pela Cambridge International University. É Membro Correspondente da Academia Maranhense de Letras Jurídicas-AMLJ; membro titular da Academia Brasiliense de Letras-ABrL, Cadeira nº VII; professor do Centro Universitário IESB.

Resumo

A finalidade desse artigo é mostrar através da evolução histórica do sindicalismo no Brasil, o qual foi fruto de diversas manifestações públicas e políticas, a importância da atuação sindical para a conquista de direitos, analisando como a Convenção de nº 87 da OIT trata com relação ao tema, e qual a posição adotada pelo nosso país, traçando novas perspectivas necessárias para as mudanças pertinentes ao tema.

Palavras-chave: Sindicalismo no Brasil; Evolução Sindical; Unicidade Sindical; Pluralidade Sindical; Convenção nº 87 da OIT.

1. Introdução

O sindicalismo no Brasil passou por diversas mudanças com o decorrer dos anos, tal fato se deve tanto pelas revoluções que ocorreram no plano internacional, quanto às próprias revoluções e evoluções sociais que ocorreram em nosso país. Não temos como negar a espantosa evolução pela qual os direitos trabalhistas, assim como o direito sindical passaram nas últimas décadas.

Atualmente, a liberdade sindical não é apenas um direito democrático de organização livre da associação sindical, mas também um direito coletivo da classe operaria. Este artigo irá ponderar um pouco sobre a evolução histórica do sindicalismo

no Brasil e as suas devidas consequências no âmbito laboral, buscando mostrar a relação entre empregados, empregadores, sindicatos e Estado no decorrer dos anos.

Além disso, o referido artigo buscará analisar, de forma comparativa, a forma como a Convenção número 87 da OIT trata com relação ao tema, e qual a posição foi adotada pelo nosso país perante a Constituição Federal de 88.

2. Os séculos de escravidão

A escravidão no Brasil teve início entre os séculos XVI e XIX, caracterizada pela forma de exploração da mão de obra de mulheres e homens africanos, amparados pelo tráfico negreiro através do oceano Atlântico. Inicialmente, a escravidão se deu através da produção de açúcar na metade do século XVI, onde os portugueses traziam os escravos africanos de suas colônias para utilizá-los como mão de obra nos engenhos de açúcar no Brasil, mais especificamente na região Nordeste. A escravidão foi um processo de derradeira violência, uma vez que a monocultura precisava de trabalhadores, em grande escala, para se submeterem a uma rotina de trabalho sem lucros, onerosa, e que demandava um grande esforço. O trabalho era intenso, movido a represálias e violências.

Nas minas de ouro, ou nas fazendas de açúcar, os escravos eram tratados da pior maneira possível. Trabalhavam com jornadas exaustivas, em condições desumanas, sendo constantemente castigados fisicamente e psicologicamente, recebendo apenas farrapos de roupa e uma alimentação de péssima qualidade. Durante a noite, eram encaminhados para senzalas, onde permaneciam acorrentados em seu repouso para evitar fugas.

Além disso, as suas liberdades de crença e religião eram proibidas, devendo todos seguir categoricamente a religião católica, imposta pelos senhores de engenho.

O Brasil, em seu processo de formação atravessou séculos de escravidão, tendo sido um dos últimos países a abolir a forma primária de exploração do trabalho alheio. A escravidão moderna que deixou marcas indeléveis em nossa maneira de ver a relação capital-trabalho, é inegável, relaciona-se antes de tudo com a propriedade privada. O ser humano como capital invertido com vistas à produção de bens primários exportáveis e desde sempre atrelados ao mercado internacional³⁸

3. Os primeiros passos do Sindicalismo no Brasil

Cumprido destacar que a distribuição da riqueza é um dos assuntos mais polêmicos da atualidade, haja vista que o capitalismo determina automaticamente desigualdades insustentáveis, arbitrárias, que ameaçam os valores de meritocracia sobre os quais se baseiam nossas sociedades democráticas. Contudo, existem, meios pelos quais a democracia pode reaver o controle do capitalismo e asseverar que o interesse geral da população tenha preferência sobre os empenhos privados. A estrutura do capitalismo faz surgir uma importante indagação, seria ela responsável por eliminar ou reforçar a desigualdade, e para isso deve-se analisar o papel que o capitalismo possui na desigualdade global.³⁹

A desigualdade de renda pode sempre se decompor em três termos: a desigualdade da renda do trabalho, a desigualdade da propriedade do capital e das rendas que dela resultam e a relação entre essas duas dimensões.

³⁸ Vide SURET-CANALE, Jean. As origens do Capitalismo. In: PERRAULT, Gilles. (Org). O livro negro do capitalismo. São Paulo: Record, 2000.p.30.

³⁹ Conf. PIKETTY, Thomas. O Capital no século XXI. Rio de Janeiro: Intrínseca LTDA, 2014.

O sindicalismo no Brasil, assim como no mundo está relacionado à própria história do capitalismo, uma vez que representa a luta de classes existente a partir do surgimento do sistema capitalista. Dessa forma, não há como se falar da evolução do sindicalismo no Brasil, sem ao menos fazer referência deste mesmo movimento em outras partes do mundo, mais especificamente na Europa que é o berço do modo de produção capitalista a partir da revolução industrial. Levando em consideração a estrutura de renda e de riqueza na França no século XIX, os níveis de vida que se podia alcançar chegando ao topo da hierarquia dos patrimônios herdados eram bem mais elevados do que os correspondentes ao topo da hierarquia das rendas do trabalho. Sob tais condições, por que trabalhar e se comportar de modo ético e moral?

A partir da segunda metade do século XVIII, começou na Inglaterra a mecanização industrial, modificando de rumo o acúmulo de capitais da atividade do comércio, para o setor de produção, ocasionando grandes modificações tanto no aspecto social, quanto no escopo econômico.

O início do processo industrial na Inglaterra deve-se ao fato de ter sido o país que mais acumulou capital, durante a fase do capitalismo comercial, além disso, o final favorável da Guerra dos Sete Anos subjugou a França, seu forte concorrente na Europa, tendo a situação após as guerras napoleônicas do início do século XIX, confirmado este cenário, fazendo com que a política internacional Inglesa se consolidasse e se transformasse na maior potência econômica. Tendo-se originado na Inglaterra, a Revolução Industrial logo alcançou o resto do mundo, atingindo a França, a Alemanha, a Rússia, os Estados Unidos e o Japão. A expansão industrial estimulou o imperialismo do século XIX, fazendo surgir uma séria de inovações técnicas, de comunicação, industriais e químicas. Esse adjacente instituiu uma nova dinâmica às sociedades da época.

A busca por maiores lucros levou a especialização do trabalho, ampliando a produção e passando a produzir artigos em séries, barateando a unidade. Da escravidão, passando pela idade média, até a explosão da revolução industrial, os escravos foram dando lugar aos trabalhadores-artesãos, dando lugar aos operários nesse histórico de transição do sistema de trabalho. Ademais, o surgimento da mecanização industrial operou diversas mudanças em múltiplos setores na estrutura socioeconômica, ocasionando a separação entre o capital imaginado pelos donos do meio de produção, e o trabalho, representado pelos assalariados. Os trabalhadores submetidos à baixa remuneração e condições de trabalho desumanas passam a se associar em organizações trabalhistas, os chamados sindicatos, fomentando ideias e teorias preocupadas com o quadro social da nova ordem industrial.

A desigualdade de renda resulta, em todas as sociedades, da soma desses dois componentes (de um lado a desigualdade da renda do trabalho e do outro a desigualdade da renda de capital). Quanto mais desigual à distribuição de cada um desses componentes, maior será a desigualdade total. Quando se considera a desigualdade da distribuição de renda, é imprescindível apartar com cuidado as distintas dimensões e os diferentes componentes, por razões morais e normativas. No que concerne à desigualdade da renda do trabalho, os mecanismos incluem a oferta e a demanda por qualificações, o estado educacional, bem como as diferentes regras e instituições que comprometem o funcionamento do mercado de trabalho.

Denota-se que a revolução industrial instituiu a supremacia burguesa na ordem econômica, apressando o êxodo rural, a concepção da classe operária e a expansão urbana. A partir do ano de 1900, nasce no Brasil, um sindicalismo como forma de sobreposição a cultura do “antigo regime”, com a modesta e ainda pequena formação de uma classe operariado industrial capacitada para reivindicações, porém que ainda tropeçava com a mentalidade oligárquica da República Velha, com o ideal liberal no

discurso, mas conservador na ação, tratando a demanda social como uma questão de polícia.⁴⁰

No Brasil, o sindicalismo nos moldes atuais só veio a marcar presença mais incisiva a partir de 1930. Antes deste período as bases capitalistas estavam sendo ainda construídas com a abolição da escravatura e a construção do mercado consumidor interno. Importante salientar que no final da década de 1880, ocorreram algumas greves por questões remuneratórias, não se dando muita importância para a melhoria das questões sociais. Frisa-se, que com o advento do Código Penal de 1890, passou a configurar crime contra a liberdade de trabalho, qualquer movimento grevista. O verdadeiro marco inicial da legislação sindical no Brasil se deu com o advento do Decreto Legislativo nº 1.637, de 05 de junho de 1907, assinado pelo presidente Affonso Penna.

Em seu artigo 2º, o decreto dispunha que:

Art. 2º Os sindicatos profissionais se constituem livremente, sem autorização do Governo, bastando, para obterem os favores da lei, depositar no cartório do registro de hipotecas do distrito respectivo três exemplares dos estatutos, da ata da instalação e da lista nominativa dos membros da diretoria, do conselho e de qualquer corpo encarregado da direção da sociedade ou da gestão dos seus bens, com a indicação da nacionalidade, da idade, da residência, da profissão e da qualidade de membro efetivo ou honorário. O oficial do registro das hipotecas é obrigado a enviar, dentro dos oito dias da apresentação, um exemplar à Junta Comercial do Estado respectivo e outro ao procurador da República. Este deverá, dentro de três meses da comunicação, remeter recibo com a declaração de regularidade. Se, findo o prazo acima, o procurador não o tiver feito, ficarão sanadas as irregularidades (AROUCA, 2006, p. 81).

Dessa forma, por influência do liberalismo que imperava na época, os sindicatos nasceram como pessoas jurídicas de direito privado, com o devido registro no cartório e total autonomia e liberdade perante o Estado. Com o crescimento das imigrações é

⁴⁰ Cf. MEIRELLES, Domingos. 1930. Os órfãos da revolução. Rio de Janeiro: Record, 2005.

que o mercado interno brasileiro começou a galgar em direção ao desenvolvimento capitalista e industrial. Era natural que os imigrantes advindos da Europa, influenciados pelo sistema sindical da Europa, ao chegarem no Brasil adotariam uma postura diferente quanto ao modo de produção brasileiro, uma vez que possuíam uma experiência do sistema econômico vigente, o que acarretou em um amadurecimento da classe operaria brasileira, surgindo diversas organizações operarias, voltadas a traçar melhorias nas condições de trabalho.

As primeiras associações de trabalhadores livres, mas assalariados, mesmo que não intitulado sindicatos, surgiram nas décadas finais do século XIX, ampliando-se a experiência associativa ao longo do século XX. Ainda segundo o autor estas associações “tratava-se de ligas operarias, sociedades de socorro mutuo, sociedade cooperativas de obreiro” que eram compostas de trabalhadores por critérios diferenciados.⁴¹

Este período do sindicalismo brasileiro foi caracterizado pela ausência de intervenção do estado, inexistindo um modelo oficial de sindicato, o que só viria a acontecer a partir do ano de 1930 com o aparecimento do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio.

4. O sindicalismo no período corporativismo da ditadura getulista

O ano de 1930 correspondeu ao divisor de águas do sindicalismo brasileiro. A partir desta data, o sindicalismo brasileiro se desenvolveu e se estabeleceu com o Governo de Getúlio Vargas. O Estado largamente intervencionista que se forma estende sua atuação também à área da chamada questão social.⁴²

⁴¹ Cf. DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de Direito do Trabalho. 11. ed. São Paulo: LTr., 2012.

⁴² Cf. Ibidem

Candidato do partido da Aliança Liberal, Getúlio Vargas procurava antes de tudo romper a hegemonia dos estados de Minas Gerais e São Paulo, que costumava na época se alternar no poder através de eleições fraudadas, pautadas no “voto de cabresto”. A quebra da bolsa de valores de Nova York gerou uma mudança significativa na economia brasileira. Os Estados Unidos eram o maior comprador do café brasileiro, e com a referida crise, a importação do café caiu bastante, acompanhada pelo seu valor. Para evitar uma desvalorização excessiva, o governo brasileiro queimou e comprou toneladas de café. Sendo assim, tal prática resultou em uma diminuição da oferta do café, mantendo o preço do principal produto brasileiro na época. Conseqüentemente, este episódio trouxe algo positivo para a economia brasileira, uma vez que, muitos produtores de café começaram a investir no setor industrial, proporcionando um aumento na indústria brasileira.

Entre 1930 e 1934, durante o governo provisório, surgiu a Lei Sindical de Vargas, consubstanciada pelo Decreto de nº 19.770, de 19 de março de 1931, onde não era necessária a autorização para constituição dos sindicatos, apenas a exigência de que os pedidos fossem encaminhados através do Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio. Marco importante foi a Constituição de 1934, uma consequência direta da Revolução Constitucionalista de 1932, quando tropas voluntárias da força pública, pelezaram contra as forças do Exército Brasileiro.

As maiorias das constituições brasileiras tiveram alento no direito estrangeiro. A constituição de 1824 se inspirou na constituição francesa de 1814, a constituição de 1891 pautou-se na constituição dos Estados Unidos, a Constituição de 1934, se baseou na constituição de Weimar alemã, e a Constituição de 1937 buscou seus fundamentos na constituição polonesa.

No final das contas, a Constituição de 1934 foi uma grande mistura de princípios autoritários, estatizantes, liberais, utópicos, idealistas e corporativistas. A Constituição

de 1934, no que toca à legislação trabalhista, foi bastante progressista, com influências dos ideais socialistas da pré-Revolução de 1930. Além disso, a Constituição em seu corpo veio a confirmar a forma de estado de nossa república, trazendo o federalismo no Brasil, com estados autônomos em relação à União. Ocorre que na prática isso não veio a acontecer, uma vez que Getúlio Vargas em seu governo promoveu a centralização do poder.

Um dos maiores críticos da Constituição de 1934, desde a sua elaboração até o momento em que foi promulgada, foi o presidente Getúlio Vargas. A principal crítica, feita pelo presidente, se fundava no caráter inflacionário da referida carta constitucional, pois, calculava-se que, se todos os direitos sociais nela augurados fossem inseridos, os gastos para as empresas privadas, o déficit público e as despesas do governo aumentariam muito. Além disso, outra crítica alimentada pelo então presidente acerca da Constituição de 1934, é de que ela, por ser muito liberal, não iria permitir um ideal e adequado combate à subversão.

Nas comemorações dos 10 anos da revolução de 1930, Getúlio, em discurso de 11 de novembro de 1940, assim expressou, resumidamente, suas críticas à Constituição de 1934:

Uma constitucionalização apressada, fora de tempo, apresentada como panaceia de todos os males, traduziu-se numa organização política feita ao sabor de influências pessoais e partidarismo faccioso, divorciada das realidades existentes. Repetia os erros da Constituição de 1891 e agravava-os com dispositivos de pura invenção jurídica, alguns retrógrados e outros acenando a ideologias exóticas. Os acontecimentos se incumbiram de atestar-lhe a precoce inadaptação (BRASIL, 1934).

De qualquer forma, a Constituição de 1934 em harmonia com a sua índole liberal, trouxe a liberdade e a pluralidade sindical nos seguintes termos:

Art. 120. Os sindicatos e as associações profissionais serão reconhecidas de conformidade com a lei.

Parágrafo único. A lei assegurará a pluralidade sindical e a completa autonomia dos sindicatos (BRASIL, 1934).

Embora a Constituição de 1934 confirme a pluralidade sindical, exige ao mesmo tempo o reconhecimento do Ministério do Trabalho, e a autorização para filiação internacional. Por certo tempo, o sindicalismo no Brasil era traçado por iniciativas dos trabalhadores ou de grupos políticos. Essa dinâmica passou a mudar com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder, quando o presidente passou a submeter os sindicatos ao controle do Estado. É com esse intuito que o então presidente criou o Ministério do Trabalho em 1930, em conjunto com uma série de outras normas, como o decreto 19.770 de 1931, que estabelecia:

- 1- A participação do Ministério nas assembleias sindicais;
- 2- O controle financeiro do Ministério do Trabalho sobre os recursos dos sindicatos;
- 3- Veto à filiação de trabalhadores a organizações sindicais internacionais;
- 4- As atividades políticas e ideológicas não poderiam existir por parte dos sindicatos;
- 5- A proibição da sindicalização dos funcionários públicos;
- 6- A definição do sindicato como órgão de cooperação com o Estado;
- 7- A garantia de sindicato único por categoria, a chamada unicidade sindical (BRASIL, 1931).

Para os ideólogos revolucionários de 1930, a referida constituição não poderia durar por muito tempo, havendo a necessidade de ser modificada ou substituída por outra.

Outorgada pelo presidente Getúlio Vargas, a Constituição Brasileira de 1937, surgiu com um conteúdo pretensamente democrático. A referida constituição recebeu apelido de "Polaca" por ter sido inspirada no modelo semifascista polonês, sendo exageradamente autoritária e abusiva, concedendo ao governo poderes ilimitados. A Constituição de 1937 foi a primeira carta a apresentar um conteúdo autoritário, visando atender interesses de grupos políticos de um governo que pudesse beneficiar a classe dominante, e que pudesse consolidar o domínio daqueles que se colocavam ao lado

de Vargas. Uma das principais características da referida carta magna era a grande concentração de poderes nas mãos do chefe do Executivo.

Dessa forma, com fundamentos no artigo V da *Carta Del Lavoro*, surgiu a Constituição de 1937, que apesar de suas fortes críticas, passou a dispor sobre a Justiça do Trabalho, diferenciando-a das competências e prerrogativas da justiça comum.

Através de Decretos-Leis a ditadura prosseguiu na construção legislativa, uma vez que era autorizada por seu artigo 13:

Art 13. O Presidente da República, nos períodos de recesso do Parlamento ou de dissolução da Câmara dos Deputados, poderá, se o exigirem as necessidades do Estado, expedir decretos-leis sobre as matérias de competência legislativa da União, excetuadas as seguintes:

- a) modificações à Constituição;
- b) legislação eleitoral;
- c) orçamento;
- d) impostos;
- e) instituição de monopólios;
- f) moeda;
- g) empréstimos públicos;
- h) alienação e oneração de bens imóveis da União.

Parágrafo único - Os decretos-leis para serem expedidos dependem de parecer do Conselho da Economia Nacional, nas matérias da sua competência consultiva

Dessa forma vieram o Decreto-Lei nº 1.402, de 05 de julho de 1939, que modificou as organizações sindicais, o Decreto-Lei nº 1.257, de 02 de maio de 1939, que organizou a Justiça do Trabalho, o Decreto-Lei nº 2.162, de maio de 1940, que instituiu o salário mínimo, e o Decreto-Lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943, com a aprovação da Consolidação das Leis do Trabalho.

Sendo assim, não apenas a estrutura sindical, como todo o sistema trabalhista estava construído para durar no Brasil. Não se pode esquecer, que com essa estratégia, o então presidente Getúlio Vargas, buscava neutralizar o movimento sindical no interesse do capital.

Ainda sobre a atuação do estado, no terreno da organização sindical, contra a modorra reacionária da burguesia urbana, e na dianteira dos trabalhadores, ergueu-se uma estrutura sindical burocrática e dependente no Estado, arquitetada por uma elite estatal autoritária. Analisando criticamente o populismo inaugurado por Getúlio Vargas, se definiu pela associação íntima entre trabalhismo e projeto de industrialização. O trabalhismo como compromisso de proteção do trabalhador por um estado protecionista no terreno contencioso entre padrões e empregados. O populismo foi à forma de hegemonia ideológica por meio do qual a burguesia tentou – e obteve em elevado grau – o consenso operário para a construção da nação burguesa (PINTO, 2017).

Conforme já mencionado, importante destacar que o presidente Getúlio Vargas, foi também responsável por uma série de outras medidas relacionadas à vida dos trabalhadores, além da criação da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), como por exemplo, o instituto de Previdência Social. Não só a estrutura sindical, mas todo o sistema trabalhista brasileiro estava construído para durar, não se pode esquecer, entretanto, que Getúlio Vargas, neutralizava o movimento sindical no interesse do estado e do capital. Ainda assim, o período de seu governo foi marcado por intensas greves de trabalhadores e por diversas lutas sindicais, mas é durante os anos 1960 que a luta sindical alcançou seu auge, com enormes aparecimentos grevistas.

5. A “redemocratização” – Constituição de 1946.

Na data de 1946 foi promulgada a quinta constituição brasileira, a Constituição dos Estados Unidos do Brasil de 1946. A referida carta possuía como característica os regimes totalitários da Europa e o retorno dos valores liberais. Importante mencionar que a referida constituição reestabeleceu os valores republicanos e democráticos da

Constituição de 1934, como por exemplo, as eleições diretas para os cargos do Legislativo e Executivo, a liberdade de expressão, e a ampliação do voto para as mulheres.

No entanto, a referida Constituição também manteve algumas características do período getulista, como por exemplo, o corporativismo sindical. Importante mencionar que a derrubada de Getúlio Vargas, a redemocratização e a Constituição de 1946 não foram capazes de afrontar a estrutura sindical montada pelo presidente.

Enquanto a Constituição de 1946 reconhecia e adotava o direito de greve, o Decreto Lei nº 9.070 permitiu o prosseguimento da legislação corporativista sindical, fazendo com que o Ministério do Trabalho ficasse livre para implementar medidas repressivas, o que veio a culminar com a extinção do Movimento de Unificação dos Sindicatos e com a Confederação dos Trabalhadores do Brasil. Essa legislação corporativista sindical que reinava à época permitiu que mais de 400 sindicatos sofressem intervenção do estado. A referida Constituição em seu artigo 159 instituía a liberdade sindical com a ressalva de que a lei iria se encarregar de regulamentar a sua constituição, o exercício das funções delegadas pelo Poder Público e a representação nas convenções coletivas:

Art. 159 - E livre a associação profissional ou sindical, sendo reguladas por lei a forma de sua constituição, a sua representação legal nas convenções coletivas de trabalho e o exercício de funções delegadas pelo Poder Público (BRASIL, 1946).

A oposição quanto à adoção da efetiva liberdade sindical prevista na Convenção 158 da OIT foi histórica para época, em razão de que o presidente Dutra em 31 de maio de 1949 pediu autorização para o Congresso Nacional para que o mesmo ratificasse a referida Convenção 158 da OIT, o que acabou por não acontecer. A Convenção número 87 da OIT, não ratificada pelo Brasil, garante, ao trabalhador e

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

empregador, livre acesso à escolha de pluralidade ou unicidade sindical sem a intervenção do Estado.

O conservadorismo do presidente Dutra fez com que Getúlio Vargas retornasse ao poder, encontrando um país em um crescente processo de industrialização e forte crescimento econômico, industrial e tecnológico. No ano de 1953 a onda de greves atingiu o seu ápice em razão da forte corrupção e a tendência partidária de esquerda do atual governo, o que veio gerar o suicídio do então presidente, em virtude da forte pressão política que estava enfrentando na ocasião. Ocorre que suicídio do presidente acabou por comover a massa dos trabalhadores, que foi para as ruas protestar e acabou por impedir a possibilidade de um golpe contra o estado, fazendo com que o vice-presidente Café Filho assumisse o poder e assegurando a realização de novas eleições.

No ano de 1954, as lideranças do PSD decidiram lançar a candidatura de Juscelino à presidência do país. Durante o seu governo, o Brasil viveu um período de desenvolvimento econômico e estabilidade política. O presidente modificou o nacionalismo em desenvolvimentismo o que veio a acalmar os militares na época, através da sujeição de algumas reivindicações ligadas a seus vencimentos. Além disso, conseguiu manter o movimento sindical sob controle.

A campanha adotada pelo presidente para o Plano de Metas foi "50 anos de progresso em 5 anos de realizações". O referido plano almejava atuar em cinco setores da economia: educação, alimentação, energia, transporte e indústrias de base. Esses três últimos setores receberiam 93% dos recursos, já a educação e a alimentação contariam com apenas 7% dos investimentos. Com isso, o resultado alcançado com o plano de metas foi o crescimento em 100% na indústria de base nacional.

Conseqüentemente, a utilização do capital estrangeiro para promover o Plano de Metas desencadeou um desequilíbrio monetário no país.⁴³

Nesse período de desenvolvimento econômico e industrial se instalaram na ABC paulista as empresas automobilísticas, que iriam ter no futuro um importante papel no sindicalismo brasileiro. Em seu governo, a ideia de liberdade sindical começou a ganhar mais visibilidade e buscar mais espaço. Entretanto a política econômica desse governo, fez com que aumentasse a inflação, causando problemas salariais para o povo, fazendo renascer e reascender a postura dos trabalhadores organizados, e elegendo o novo presidente Jânio Quadros para assumir o poder.

6. O sindicalismo na ditadura de 1964

Em uma desastrosa avaliação política, o presidente Jânio Quadros renuncia o seu mandato abrindo mais uma crise que beirou o golpe militar, em virtude das suspeitas do então vice-presidente que era acusado de querer instaurar no país o comunismo e uma república sindical.

A partir desse momento começa a surgir o sindicalismo rural e os conflitos de terra e as ligas camponesas que tinha o objetivo de defender os camponeses ameaçados de expulsão de suas terras. Em decorrência desses movimentos, o então na época presidente Joao Goulart sancionou uma lei que dispunha sobre o Estatuto do Trabalhador Rural, que trouxe regulamentação para a duração de trabalho, implementou a carteira profissional para o trabalhador de campo, regulamentou a observância de um salário mínimo para a referida classe e previu direitos como férias

⁴³ Cf. FAUSTO, Boris (org.). **O Brasil Republicano**: economia e cultura (1930-1964). tomo 3, vol.4. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. (Col. História da Civilização Brasileira).

remuneradas e repouso semanal. A partir daí outros setores da sociedade também passaram a se mobilizar, como por exemplo, os estudantes, através da União Nacional dos Estudantes, assim como a igreja também passou a contar com diversas posições políticas.

O número de greves começou a aumentar, indicando um avanço na mobilização social através dos trabalhadores e dos sindicatos. Dessa forma, à medida que o governo de Joao Goulart se instabilizava e se radicalizava a inflação continuava a aumentar e o medo pelo avanço do comunismo no país era notório, fazendo com que aumentasse o afã das Forças Armadas em movimentos reivindicatórios. Para a instituição militar a manutenção da ordem social, o respeito à hierarquia e o próprio controle do comunismo eram questões essenciais, e a quebra de tais princípios levaria a desordem social, o que justificaria uma intervenção.

Com a perda da legitimidade do presidente Joao Goulart e com os líderes sindicais sofrendo severa repressão, acaba por desencadear o famoso golpe militar. A historiografia brasileira afirma que o golpe não deve ser considerado como exclusivamente militar, uma vez que houve apoio de importantes segmentos da sociedade, como por exemplo, da burguesia industrial, de grandes proprietários rurais, da classe média urbana e até mesmo da Igreja Católica anticomunista. O período militar que se iniciava deixava claro que o avanço do movimento sindical não era do interesse do capitalismo internacional, levando em consideração o período pós-segunda guerra mundial e guerra fria.

A repressão ao sindicalismo livre passa a ser a marca de o governo militar, o qual aproveitou para realizar diversas intervenções nos sindicatos durante os 21 anos de sua vigência, o que resultou em um dos períodos mais sombrios do sindicalismo e para a liberdade sindical. O poder Executivo foi limitado pela ação do governo e os direitos sociais foram sistematicamente suprimidos, forçando a classe trabalhadora a

realizar certos sacrifícios os quais não tinha como resistir. Além disso, foi extinto também o pluripartidarismo, sendo criados na época apenas dois partidos.

A escalada da luta armada e a sua repressão brutal se instaurou no país nessa época, fazendo com que se instalasse um dos capítulos mais vergonhosos da história de nosso país na época, embora embalado pelos ventos favoráveis do exterior apontando um crescimento anual da economia brasileira nesse período.

7. O caminho para o novo sindicalismo

O milagre econômico consistia na abundância do capital e na sua canalização para empréstimos internacionais, mascarando o regime autoritário vivido na época. Quando em 1973 a crise do petróleo obrigou o governo a adotar uma política recessiva, mais uma vez foram os trabalhadores que vieram a sofrer, aumentando ainda mais a desigualdade social.

O consumo cresceu, a indústria espalhou-se pelo país, entretanto foram os trabalhadores menos qualificados que sofreram as consequências. O sucesso econômico em termos de crescimento econômico no país foi acompanhado de um desmantelamento de programas sociais. Com isso, a história do sindicalismo abre-se para uma nova fase, mostrando a força e a importância que a discussão democrática da liberdade sindical teria para a redemocratização nacional. Por conta dessa situação, o sindicato dos Metalúrgicos de São Bernardo iniciou uma campanha salarial de recuperação das perdas, abrindo espaço para as grandes greves que viriam em 1978 e 1979, iniciando um novo período de movimentos reivindicatórios, quando mais de 03 milhões de trabalhadores entraram de greve na referida ocasião.

As greves refletiam os anseios dos trabalhadores de todo o país, caracterizando o movimento por uma maior independência perante o estado. Enquanto o velho

sindicalismo caracterizava-se pelo distanciamento das bases e pela pouca participação da classe trabalhadora, o novo sindicalismo veio demonstrando completamente o contrário. Os sindicatos passaram a agir nos ditames da CLT, realizando e exercendo as negociações e dissídios coletivos. Dessa forma, os anos 80 marcaram o início dos novos tempos, de redemocratização, das campanhas das eleições diretas ("Diretas Já"), da criação de centrais sindicais, culminando com a convocação da Assembleia Nacional Constituinte, que iria gerar uma nova constituição.

O referido documento foi organizado pela Assembleia Nacional Constituinte, presidida por Ulysses Guimarães. Os trabalhos da Constituinte floresceram de fevereiro de 1987 a setembro de 1988 e assinalaram o processo de redemocratização do país, após o regime militar. A nova constituição consolidou diversas conquistas aos trabalhadores, assim como também abrangeu o campo dos direitos humanos. Além disso, a referida constituição apresentou um avanço no sentido da liberdade sindical, desatrelando o sindicato do Estado, e trazendo a greve como um direito, entretanto em contrapartida manteve a unicidade sindical, indo em direção contrária a Convenção de 87 da OIT.

Quanto ao sindicalismo, a constituição trouxe o artigo 8º da seguinte maneira:

Art. 8º. É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte:

I - a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação de sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical;

II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município;

III - ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas;

IV - a assembleia geral fixará a contribuição que, em se tratando de categoria profissional, será descontada em folha, para custeio do sistema confederativo da representação sindical respectiva, independentemente da contribuição prevista em lei;

V - ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato;
VI - é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho;
VII - o aposentado filiado tem direito a votar e ser votado nas organizações sindicais;
VIII - é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei.
Parágrafo único. As disposições deste artigo aplicam-se à organização de sindicatos rurais e de colônias de pescadores, atendidas as condições que a lei estabelecer (BRASIL, 1988).

Na legislação brasileira, vigora o princípio da Unicidade Sindical, onde não é possível existir mais de um sindicato profissional (trabalhadores) ou sindicato de categoria econômica (empregadores), na mesma base territorial. Conforme já mencionado, o Brasil não ratificou a Convenção Internacional nº 87 da OIT, que prega o princípio da pluralidade sindical, permitindo mais de um sindicato, representante da mesma categoria, na mesma base territorial.

O Brasil, foi aparelhado para buscar apenas o direito individual; o direito coletivo, muitas vezes, se dava na hora em que tivesse que recorrer para a Justiça do Trabalho para solucionar qualquer questão. No tocante à experiência que obtivemos do ano de 1978 para cá, cada vez mais, majoramos a nossa organização sindical, cada vez mais prosseguimos na negociação coletiva, uma coisa que tinha parado na época da ditadura, avançamos e sentimos a necessidade de, cada vez mais, ultrapassar certos limites.⁴⁴

Dessa forma, é necessário superarmos o atual modelo de organização sindical, completamente corporativista e autoritário, devendo almejar uma reforma

⁴⁴ Cf. SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade sindical no Brasil: desafios e possibilidades. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 2, p. 97-106, abr./jun. 2012.

democrática em nosso sistema sindical sintetizando-a com as novas exigências do desenvolvimento social e econômico.

Considerações finais

A atuação sindical trouxe uma enorme estimação histórica, trazendo consigo até os dias de hoje. As suas postulações e reivindicações foram de suma importância para a conquista de condições mínimas de labor para a classe hipossuficiente, não tendo como negar a enorme evolução pela qual os direitos trabalhistas passaram nas últimas décadas.

Atualmente, muitos dos direitos trabalhistas já foram alcançados, entretanto a atuação sindical continua apresentando um papel primordial para a conservação desses direitos e para a conquista de outros. Embora não se possa negar o desenvolvimento quanto à proteção à classe hipossuficiente, ainda há muito que se buscar para alcançar o exercício e a efetividade de todos direitos garantidos em lei, visando o estabelecimento de uma igualdade formal entre a classe operária e a empregadora.

Apesar de ainda prevalecer o poder econômico para a classe dos empregadores, as reivindicações e o direito de luta por melhores condições laborais já são acessíveis aos trabalhadores. Conforme demonstrado, a atuação sindical possui uma participação essencial na formação de acordos e convenções coletivas, na realização de manifestações e no exercício do direito de greve, devendo se buscar com isso a total liberdade de atuação aos sindicatos.

O intervencionismo e o corporativismo estatal, ainda não desapareçam no nosso ordenamento jurídico atual. Partindo da condição de ilegalidade, até alcançarem o seu

devido reconhecimento e validade, os sindicatos passaram por um longo percurso de atuação, apanhando com isso uma importante carga histórica.

Como narrado no decorrer do artigo, a implementação da unicidade sindical no nosso atual ordenamento jurídico, ainda é um enorme entrave para se buscar o caminho da liberdade sindical no Brasil. Vigora o princípio da Unicidade Sindical, onde não é possível existir mais de um sindicato profissional ou sindicato de categoria econômica, na mesma base territorial.

Conforme já mencionado, o Brasil não ratificou a Convenção Internacional nº 87 da OIT, que prega o princípio da pluralidade sindical, permitindo mais de um sindicato, representante da mesma categoria, na mesma base territorial. A formação da Organização Internacional do Trabalho, foi de suma importância para o processo de expansão e amadurecimento dessa expressão social.

Recentemente, começou-se a proteger o movimento sindical da interferência de ações empresariais ou governamentais, ou seja, a autonomia sindical passa a ser considerada de fato como um direito individual de cada trabalhador. A existência de um ou mais sindicatos para a mesma categoria deve ser consequência do exercício do próprio movimento sindical, e não algo imposto pelo Estado como ocorre no Brasil. Tal prática estaria apenas violando a autonomia sindical.

O sindicalismo no Brasil passou por diversas mudanças com o decorrer dos anos. Atualmente, a liberdade sindical não é apenas um direito democrático de organização livre da associação sindical, mas também um direito coletivo da classe operária e tal fato se deve tanto pelas revoluções que ocorreram no plano internacional, quanto às próprias revoluções e evoluções sociais que ocorreram em nosso país.

Os Direitos fundamentais no Brasil são caracterizados por serem relativos, ou seja, não devendo ser tratados como absolutos. Os referidos direitos devem ter

aplicação máxima e eficácia plena, por constituírem direitos individuais e coletivos de ordem constitucional. Sendo assim, é necessária que se defenda a adoção da liberdade sindical de maneira mais ampla, assim como a constituição de um sistema sindical autônomo, aproximando-se dos padrões afirmados pela OIT.

Conforme aludido, é necessário superarmos o atual modelo de organização sindical, completamente corporativista e autoritário, almejando uma reforma democrática em nosso sistema sindical de forma a sintetizar as novas exigências do desenvolvimento social e econômico.

O sistema constitucional brasileiro se constitui como um Estado Social de Direito, no qual se pauta pela igualdade material, e não meramente formal. Sendo assim, a promoção à liberdade sindical é uma garantia aos trabalhadores que o constituem. As mudanças apontadas no artigo devem ser adotadas com o intuito de que o sistema sindical brasileiro seja mais bem afirmado em nosso atual cenário. A defesa da liberdade sindical deve ser vista como a proteção da manifestação de um direito subjetivo público de liberdade e de redução de desigualdades.

Referências

AROUCA, José Carlos. **Curso Básico de Direito Sindical**. São Paulo: LTr, 2006.p.81.

BRASIL. Constituição (1934). **Constituição da República Federativa Brasileira**.

_____. Constituição (1937). **Constituição da República Federativa Brasileira**.

_____. Constituição (1946). **Constituição da República Federativa Brasileira**.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa Brasileira**.

_____. **DECRETO nº 19.770**, LEI SINDICAL DE VARGAS de 19 de março de 1931.

_____. **DECRETO LEGISLATIVO nº1. 637**, de 05 de junho de 1907.

_____. **DECRETO-LEI Nº 1.402**, DE 05 DE JULHO DE 1939.

_____. **DECRETO-LEI Nº 1.257**, DE 02 DE MAIO DE 1939.

_____. **DECRETO-LEI Nº 2.162**, DE MAIO DE 1940.

_____. **DECRETO-LEI Nº 5.452**, DE 01 DE MAIO DE 1943 - CLT.

CONVENÇÃO 158 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

CONVENÇÃO NÚMERO 87 DA ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT

DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr. 11 Ed, 2012.

FAUSTO, Boris (org.). **O Brasil Republicano: economia e cultura (1930-1964)**. tomo 3, vol.4. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1995. (Col. História da Civilização Brasileira).

MEIRELLES, Domingos. 1930. **Os órfãos da revolução**. Rio de Janeiro: Record, 2005.

PIKETY, Thomas. **O Capital no século XXI**. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2014.

PINTO, Almir Pazzianotto. **100 anos de sindicalismo**. São Paulo: Lex, 2007. p. 35.

SIQUEIRA NETO, José Francisco. Liberdade sindical no Brasil: desafios e possibilidades. **Revista do Tribunal Superior do Trabalho**, São Paulo, v. 78, n. 2, p. 97-106, abr./jun. 2012.

SURET-CANALE, Jean. As origens do Capitalismo. In: PERRAULT, Gilles. (Org). **O livro negro do capitalismo**. São Paulo: Record, 2000.p.30.

AS FERRAMENTAS DA NOVA LEI DE LICITAÇÕES E CONTRATOS (14.133/2021) PARA EVITAR A INADIMPLÊNCIA DAS OBRIGAÇÕES TRABALHISTAS NOS CONTRATOS DE TERCEIRIZAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Bruno César Gonçalves Teixeira

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; procurador do Distrito Federal - Procurador-Chefe da Procuradoria Trabalhista (Proresp/PGDF); advogado.

Ulisses Borges de Resende

Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade de Brasília (UnB); professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB; advogado.

Resumo

A terceirização é uma realidade inexorável na Administração Pública. O grande percalço da terceirização na Administração Pública chama-se inadimplência das verbas trabalhistas. Se a empresa terceirizada não arcar com os créditos trabalhistas dos empregados, a Administração Pública, como tomadora dos serviços, pode ser responsabilizada subsidiariamente, caso haja falha na fiscalização do contrato administrativo. Ou seja, o ente público paga dobrado. Por sua vez, o empregado terceirizado, indubitavelmente o vértice mais frágil nessa relação triangular, recebe suas verbas trabalhistas (quando possui êxito) por meio de um processo judicial demorado, via precatório ou requisição de pequeno valor, e ainda com desconto dos honorários advocatícios. Há também a possibilidade de a sociedade ser prejudicada com a interrupção do serviço público. Enfim, trata-se do pior cenário possível. Destarte, com o escopo de evitar esse panorama trágico, a nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (14.133/2021) apresenta um amplo conjunto de ferramentas para aprimorar a fiscalização dos contratos de terceirização na Administração Pública. Apresentar e analisar esses novos instrumentos da Lei nº 14.133/2021, que buscam evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na administração pública, é o objetivo geral deste artigo, que se utilizou do método dedutivo-bibliográfico para a elaboração.

Palavras-chave: Terceirização. Administração Pública. Fiscalização Contratual. Ferramentas. Lei nº 14.133/2021.

Abstract

Outsourcing is an inexorable reality in Public Administration. The great mishap of outsourcing in the Public Administration is called default of labor obligations. If the outsourced company does not pay the employees' labor claims, the Public Administration, as the service user, may be held liable in the alternative, if there is a failure to inspect the administrative contract. In other words, the public entity pays double. In turn, the outsourced employee, undoubtedly the most fragile vertex in this triangular relationship, receives their labor funds (when successful) through a lengthy judicial process, via a writ of payment or small-value requisition, and even with a discount on legal fees. There is also the possibility that society will be harmed by the

interruption of public service. In the end, this is the worst possible scenario. Thus, with the aim of avoiding this tragic scenario, the new Administrative Biddings and Contracts Law (14.133/2021) presents a wide set of tools to improve the inspection of outsourcing contracts in the Public Administration. Presenting and analyzing these new instruments of Law nº 14.133/2021, which seek to avoid the default of labor obligations in outsourcing contracts in the public administration, is the general objective of this article, which used the deductive-bibliographic method for the elaboration.

Keywords: Outsourcing. Public Administration. Contractual Inspection. Tools. Law 14.133/2021.

1. Introdução

O presente trabalho científico terá por escopo apresentar e analisar as ferramentas da nova Lei de Licitações e Contratos (14.133/2021) para evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na administração pública.

Destarte, o presente artigo será dividido em três capítulos. No primeiro capítulo, o trabalho apresentará, de forma holística, a evolução do instituto da terceirização. Abordará, também, o conceito e os porquês de se utilizar o instituto da terceirização, bem como a importante distinção entre terceirização e intermediação de mão de obra.

O segundo capítulo debruçará sobre a terceirização no Brasil e dentro da Administração Pública brasileira (desde o Decreto-Lei nº 200 de 1967 até os dias hodiernos), detalhando seu campo de aplicação, seus motivos, suas vantagens e seus percalços.

Após, o terceiro capítulo explanará sobre a nova Lei de Licitações e Contratos administrativos (Lei nº 14.133/2021), que trouxe evoluções no conjunto de ferramentas que um fiscal de um contrato de terceirização na administração pública dispõe para evitar o enorme problema do descumprimento das obrigações trabalhistas.

A inadimplência das verbas trabalhistas pode acarretar o pagamento dobrado pelo ente público (caso haja falha na fiscalização contratual); o recebimento atrasado e descontado das verbas trabalhistas pelo empregado terceirizado, por meio de um longo e árduo processo judicial (caso haja êxito na demanda); e ainda pode se desdobrar na interrupção do serviço público com prejuízo para toda a sociedade (caso haja a paralisação da execução de um serviço terceirizado que seja essencial para a entidade pública, como, por exemplo, o serviço de limpeza em um hospital público). Ademais, ainda se podem sopesar os danos indiretos, como a sobrecarga processual e o custo de movimentação da máquina judiciária.

Por fim, o artigo concluirá com a explanação de que a fiscalização correta e adequada do contrato administrativo de terceirização da administração pública, com a utilização incisiva dos instrumentos trazidos pela Lei nº 14.133/2021, é uma maneira preventiva (atuação antes do problema) e proativa (atuação direta, sem a necessidade de decisão judicial) de a Administração Pública evitar o percalço da inadimplência das verbas trabalhistas e todas as suas desastrosas consequências. Portanto, trata-se de um poder dever do fiscal do contrato e a não utilização dessas ferramentas deve ser justificada e fundamentada, caso a caso, sempre considerando os princípios norteadores apresentados na nova Lei de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 14.133/2021, art. 5º).

Para alcançar o desiderato científico proposto, será utilizada a metodologia dedutiva bibliográfica, com o levantamento dos autores que escreveram sobre o tema. Haverá, da mesma maneira, seleção de doutrina pertinente e atualizada, fichamento, arquivamento das melhores fontes, estudo da bibliografia, bem como coleta, estudo e análise da jurisprudência correlata.

2. Terceirização

2.1. Breve histórico do instituto da terceirização

O Papa Leão XIII, em sua famosa encíclica *Rerum Novarum*⁴⁵ (Das Coisas Novas), de 1891 - uma Carta escrita pós revolução industrial e que tentava conciliar as relações sociais entre trabalho e capital - já trazia a ideia de que o trabalho não é uma mercadoria especulativa, sujeita à lei da oferta e da procura. O entendimento de que o trabalho humano não pode ser comparado a uma moeda negociável é antigo e continua em pleno vigor, inclusive em instituições conservadoras como a Igreja Católica⁴⁶.

Na França do século XIX, cenário de absoluta miséria e de desigualdade social - como bem retrata Victor Hugo no seu clássico romance *Lés Misérables*⁴⁷ - era comum que trabalhadores fossem contratados por meio de um terceiro, um intermediador, que lucrava com a locação de trabalho alheio, o que se denominava de *marchandage*. O lucro do intermediário nada mais seria que uma retirada forçada de parcela da contraprestação do trabalhador, transformando-o em uma espécie de traficante de mão de obra, o que é vedado - tanto no Brasil, quanto na França.

Ainda no âmbito internacional, a Declaração de Filadélfia⁴⁸ (1944), que apresenta os fins e os objetivos da Organização Internacional do Trabalho (OIT), reafirma os princípios fundamentais da entidade "principalmente os seguintes: a) o trabalho não é uma mercadoria".

⁴⁵ Disponível para download em português no site https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁴⁶ Vide Encíclica *Laborem Exercens*, escrita pelo Papa João Paulo II, em 1981, no 90º aniversário da *Rerum Novarum*. Disponível para download em português no site https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

⁴⁷ Romance publicado em 1862 na França.

⁴⁸ Disponível para download em português no site https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf. Acesso em: 20 jan. 2022.

A Constituição Federal de 1988 não seguiu outra trilha ao afirmar (logo em seu primeiro artigo) que o valor social do trabalho e a dignidade humana são fundamentos da República Federativa do Brasil. São conceitos fundantes e formadores de outros. Na ordem econômica (CF/1988, art. 170), a Carta Magna aponta como fundamento a valorização do trabalho humano e indica como fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. Por sua vez, a ordem social (CF/1988, art. 193) possui como base o primado do trabalho e como objetivos o bem estar e a justiça social.

Dessa maneira, não há que se falar em trabalho sem considerar o seu valor social e a dignidade humana. Caso o trabalho humano seja entendido como uma *res* (coisa), que pode ser especulada e negociada, há a perda do seu valor social e será uma evidente afronta à dignidade humana. Por conseguinte, expressamente respaldado pela Constituição Federal de 1988, conclui-se que trabalho humano não é mercadoria e não está sujeita a intermediação.

Por incrível que possa parecer, nas zonas rurais, especialmente nas lavouras de cana de açúcar no Nordeste brasileiro, ainda hoje é possível encontrar os denominados "gatos", que são intermediadores de mão de obra entre o proprietário da terra e os cortadores de cana (trabalhadores rurais), ganhando uma indevida comissão por esse tráfico de mão de obra. Todavia, como será explicado adiante, terceirização não se confunde com intermediação de mão de obra.

Em verdade a terceirização (*outsourcing*) é um instituto que possui previsão legal (nacional e internacional) e que, se corretamente aplicada e sem fraudes, pode ser um método (eficiente e eficaz) de gestão e de produção de bens e serviços.

2.2. O que é terceirização, qual a sua diferença para intermediação de mão de obra e por que se terceiriza

O ordenamento jurídico laboral ainda é quase todo fundamentado na relação bilateral de trabalho: um empregado presta serviços ao seu empregador, na sede do seu empregador, a quem está juridicamente subordinado. Basta verificar a definição de empregador no art. 2º da CLT, como sendo a empresa que “assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço”. Igualmente, a definição de empregado no art. 3º da CLT como sendo toda pessoa física que “prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário”. Destaca-se que esses conceitos não foram modificados em nada pela Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

Na terceirização, há a modificação do parâmetro fático e jurídico da relação bilateral de trabalho. O empregado terceirizado passa a prestar serviços à empresa tomadora, que tem uma relação civil (contrato) com a empresa prestadora de serviços que, por sua vez, é a verdadeira empregadora do terceirizado. Perceba que a empresa tomadora dos serviços (contratante) não “admite, assalaria e dirige a prestação pessoal do serviço” (CLT, art. 2º). Ou seja, a empresa tomadora não é a real empregadora e, por sua vez, o empregado terceirizado não se subordina a essa empresa. A subordinação do empregado terceirizado se dá em face da empresa prestadora do serviço.

A terceirização forma uma relação triangular de trabalho com três vértices: empresa tomadora, empregado terceirizado e empresa prestadora. Por ser assim constituída, ainda é tratada como exceção no ordenamento jurídico.

E qual a diferença, então, entre terceirização e intermediação de mão de obra? Terceirização (quando lícita) é a transferência de parcela da execução de atividades da empresa tomadora (ou contratante), seja da área fim ou seja da área meio, para a empresa prestadora de serviços (ou contratada). Na terceirização, há a contratação de

serviços específicos (e não contratação de mão de obra propriamente dita). Na terceirização, não há pessoalidade e nem subordinação direta. Exemplo: um banco privado deseja terceirizar o serviço de vigilância privada das suas agências. Dessa forma, o banco privado (empresa tomadora) contrata uma empresa de vigilância (empresa prestadora) que, por sua vez, executará o serviço específico de vigilância nas agências bancárias, utilizando-se (obviamente, mas não exclusivamente) de mão de obra qualificada (vigilantes).

A contratação se dá para a execução do serviço completo de vigilância - e não para o mero fornecimento de vigilantes. Logo, a empresa tomadora (banco privado) não admite, não assalaria e nem dirige a prestação pessoal do serviço dos vigilantes. O dono do banco ou qualquer outro preposto não seleciona um determinado vigilante para trabalhar em determinada agência (ausência de pessoalidade), bem como não emite ordens diretas àquele empregado terceirizado (ausência de subordinação direta). É indiferente para o dono do banco quem especificamente vai executar o serviço de vigilância do banco. O importante é que o serviço contratado (vigilância) seja executado.

Conseqüentemente, se um vigilante ficar doente, outro deve substituí-lo imediatamente, sem nenhum aumento de custo (regra geral) no contrato ajustado; afinal, a contratação se deu para a execução de um serviço - e não para o fornecimento de mão de obra. Essa é a grande diferença entre terceirização (quando lícita e sem fraudes) e intermediação de mão de obra (que, recorda-se, é proibida pelo ordenamento jurídico).

Neste ponto, começa a ficar claro por que empresas terceirizam parcela da execução de suas atividades. De forma bem resumida, o objetivo da empresa tomadora dos serviços com a terceirização é reduzir custos e dar maior eficiência e dinamicidade à empresa, com a possibilidade de concentrar a maior parcela de seu capital (humano

e tecnológico) na atividade principal e estratégica do seu objeto social (*core business*), de maneira a conseguir reduzir o preço final do produto ou serviço e alcançar maior competitividade no mercado (nacional e internacional).

O aplaudido doutrinador Sérgio Pinto Martins assim esclarece:

O objetivo principal da terceirização não é apenas a redução de custos, mas também trazer maior agilidade, flexibilidade e competitividade à empresa. Esta pretende com a terceirização a transformação de seus custos fixos em variáveis, possibilitando o melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência de numerário para aplicação em tecnologia ou no seu desenvolvimento, e também em novos produtos (MARTINS, 1997, p. 22).

No Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931⁴⁹, julgado pelo Pleno do STF no dia 26/04/2017 (publicado no DJe de 12/09/2017), Relatora Ministra Rosa Weber, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, houve uma análise profunda sobre os *benefícios da terceirização*. Apresenta-se apenas parte da ementa do extenso e percuciente julgado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93. **TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO.** RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. (...) 4. A Teoria da Administração qualifica a terceirização (outsourcing) como modelo

⁴⁹ Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

organizacional de desintegração vertical, destinado ao alcance de ganhos de performance por meio da transferência para outros do fornecimento de bens e serviços anteriormente providos pela própria firma, **a fim de que esta se concentre somente naquelas atividades em que pode gerar o maior valor**, adotando a função de “arquiteto vertical” ou “organizador da cadeia de valor”. 5. **A terceirização apresenta os seguintes benefícios:** (i) aprimoramento de tarefas pelo aprendizado especializado; (ii) economias de escala e de escopo; (iii) redução da complexidade organizacional; (iv) redução de problemas de cálculo e atribuição, facilitando a provisão de incentivos mais fortes a empregados; (v) precificação mais precisa de custos e maior transparência; (vi) estímulo à competição de fornecedores externos; (vii) maior facilidade de adaptação a necessidades de modificações estruturais; (viii) eliminação de problemas de possíveis excessos de produção; (ix) maior eficiência pelo fim de subsídios cruzados entre departamentos com desempenhos diferentes; (x) redução dos custos iniciais de entrada no mercado, facilitando o surgimento de novos concorrentes; (xi) superação de eventuais limitações de acesso a tecnologias ou matérias-primas; (xii) menor alavancagem operacional, diminuindo a exposição da companhia a riscos e oscilações de balanço, pela redução de seus custos fixos; (xiii) maior flexibilidade para adaptação ao mercado; (xiv) não comprometimento de recursos que poderiam ser utilizados em setores estratégicos; (xv) diminuição da possibilidade de falhas de um setor se comunicarem a outros; e (xvi) melhor adaptação a diferentes requerimentos de administração, know-how e estrutura, para setores e atividades distintas. (...) (grifo nosso) (RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, REPERCUSSÃO GERAL - DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)

A bem da verdade é que, no atual estágio de avanço industrial e tecnológico, uma empresa dificilmente consegue ser competitiva sem terceirizar parcela da execução de suas atividades. Não há mais espaço para empresas que desenvolvem, dentro do seu estabelecimento e com a direção pessoal do serviço, todas as fases de sua produção. De maneira bem pragmática, o fato concreto é: a terceirização é um instituto inexorável nas relações trabalhistas hodiernas - do Brasil e do mundo, seja na esfera privada, seja na esfera pública. Por isso deve ser fiscalizada adequadamente e

regulamentada pelo Estado, com o intuito de proteger os trabalhadores terceirizados; mas, ao mesmo tempo, sem dificultar demais a sua utilização.

3. A terceirização no Brasil e na administração pública brasileira

3.1. O caminhar da terceirização no Brasil

No Brasil, a primeira norma a tratar sobre terceirização na esfera privada (ainda que de forma limitada e temporária) foi a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, que disciplinou o trabalho temporário. Após, tivemos a Lei nº 7.102, de 20 de junho de 1983, que regulamentava a terceirização dos serviços de vigilância e de transporte de valores.

Ainda antes da promulgação da Constituição Federal de 1988, a primeira súmula que tratou do tema da terceirização no Brasil foi o Enunciado 256 do Tribunal Superior do Trabalho (TST), do ano de 1986, que deixava claro que, com exceção dos casos de trabalho temporário e de serviço de vigilância, previstos nas Leis nºs 6.019, de 03.01.1974, e 7.102, de 20.06.1983, era ilegal a contratação de trabalhadores por empresa interposta, formando-se o vínculo empregatício diretamente com o tomador dos serviços. Percebe-se, destarte, que a súmula do TST só permitia a relação triangular de trabalho em duas situações específicas: trabalho temporário e vigilância, eis que existiam leis específicas sobre os temas.

Em dezembro de 1993, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, que deu um protagonismo maior ao Poder Judiciário, a Súmula 256 foi revista e ampliada, transformando-se na Súmula 331 do TST⁵⁰, com a seguinte redação:

SUM-331. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE. I - A contratação de trabalhadores por empresa

⁵⁰ Disponível em https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em 21 jan. 2022.

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 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. (TST, redação original - revisão da Súmula nº 256 - Res. 23/1993, DJ 21, 28.12.1993 e 04.01.1994)

Houve críticas sobre o novo enunciado, pois restou ampliado o leque de possibilidades de relação triangular de trabalho. Não seriam mais trabalho temporário e vigilância, apenas. Tudo que fosse atividade meio - *verbi gratia*, conservação, limpeza, copeiragem, recepção, reprografia - desde que não houvesse pessoalidade e nem subordinação direta, poderia ser terceirizado.

Ademais, também houve críticas a respeito da responsabilidade subsidiária (inspirada no art. 455 da CLT), pois o tipo de responsabilidade que mais protegeria o trabalhador terceirizado seria a responsabilização solidária do tomador de serviços (sem benefício de ordem).

De 1993 até 2017, a terceirização, salvo legislações esparsas, era disciplinada pela Súmula 331 do TST. Com as mudanças das leis nº 13.429/2017 e nº 13.467/2017, ambos os institutos – trabalho temporário e terceirização geral – passaram a ser disciplinados no mesmo instrumento legal, qual seja, a Lei nº 6.019 de 1974.

Essa lei, com as alterações de 2017, expressamente permite a terceirização da atividade fim, ao contrário da Súmula 331 do TST que só permitia a terceirização da atividade periférica (que não se encontrava no eixo principal da empresa).

O artigo 4º-A da referida lei, após a modificação trazida pela Lei nº 13.467/2017, considera a prestação de serviços a terceiros a transferência feita pela contratante da execução de quaisquer de suas atividades, inclusive sua atividade principal, à pessoa jurídica de direito privado prestadora de serviços, que possua capacidade econômica compatível com a sua execução. Giza-se a expressão “inclusive sua atividade principal”.

Analisando essas mudanças, o Supremo Tribunal Federal chancelou, por maioria (7 a 4), a terceirização da atividade fim. O Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 958.252⁵¹, julgado pelo Pleno do STF no dia 30/08/2018 (publicado no DJe de 13/09/2019), Relator Ministro Luiz Fux, assim ficou ementado:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. CONSTITUCIONALIDADE DA “TERCEIRIZAÇÃO”. ADMISSIBILIDADE. OFENSA DIRETA. VALORES SOCIAIS DO TRABALHO E DA LIVRE INICIATIVA (ART. 1º, IV, CRFB). RELAÇÃO COMPLEMENTAR E DIALÓGICA, NÃO CONFLITIVA. PRINCÍPIO DA LIBERDADE JURÍDICA (ART. 5º, II, CRFB). CONSECUTÓRIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA (ART. 1º, III, CRFB). VEDAÇÃO A RESTRIÇÕES ARBITRÁRIAS E INCOMPATÍVEIS COM O POSTULADO DA PROPORCIONALIDADE. DEMONSTRAÇÃO EMPÍRICA DA NECESSIDADE, ADEQUAÇÃO E PROPORCIONALIDADE ESTRITA DE MEDIDA RESTRITIVA COMO ÔNUS DO PROPONENTE DESTA. RIGOR DO ESCRUTÍNIO EQUIVALENTE À GRAVIDADE DA MEDIDA. RESTRIÇÃO DE LIBERDADE ESTABELECIDAJURISPRUDENCIALMENTE. EXIGÊNCIA DE GRAU MÁXIMO DE CERTEZA. MANDAMENTO DEMOCRÁTICO. LEGISLATIVO COMO LOCUS ADEQUADO PARA ESCOLHAS POLÍTICAS DISCRICIONÁRIAS. **SÚMULA 331 TST. PROIBIÇÃO DA TERCEIRIZAÇÃO. EXAME DOS**

⁵¹ Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false>. Acesso em: 21/01/2022.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

FUNDAMENTOS. INEXISTÊNCIA DE FRAGILIZAÇÃO DE MOVIMENTOS SINDICAIS. DIVISÃO ENTRE “ATIVIDADE-FIM” E “ATIVIDADE-MEIO” IMPRECISA, ARTIFICIAL E INCOMPATÍVEL COM A ECONOMIA MODERNA. CISÃO DE ATIVIDADES ENTRE PESSOAS JURÍDICAS DISTINTAS. ESTRATÉGIA ORGANIZACIONAL. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER FRAUDULENTO. PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DA LIBERDADE DE DESENHO EMPRESARIAL (ARTS. 1º, IV, E 170). CIÊNCIAS ECONÔMICAS E TEORIA DA ADMINISTRAÇÃO. PROFUSA LITERATURA SOBRE OS EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO. OBSERVÂNCIA DAS REGRAS TRABALHISTAS POR CADA EMPRESA EM RELAÇÃO AOS EMPREGADOS QUE CONTRATAREM. EFEITOS PRÁTICOS DA TERCEIRIZAÇÃO. PESQUISAS EMPÍRICAS. NECESSÁRIA OBSERVÂNCIA DE METODOLOGIA CIENTÍFICA. ESTUDOS DEMONSTRANDO EFEITOS POSITIVOS DA TERCEIRIZAÇÃO QUANTO A EMPREGO, SALÁRIOS, TURNOVER E CRESCIMENTO ECONÔMICO. INSUBSISTÊNCIA DAS PREMISSAS DA PROIBIÇÃO JURISPRUDENCIAL DA TERCEIRIZAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE DOS INCISOS I, III, IV E VI DA SÚMULA 331 DO TST. AFASTAMENTO DA RESPONSABILIDADE SUBSIDIÁRIA DA CONTRATANTE POR OBRIGAÇÕES DA CONTRATADA. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. 1. Recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida para examinar a constitucionalidade da Súmula n.º 331 do Tribunal Superior do Trabalho, no que concerne à proibição da terceirização de atividades-fim e responsabilização do contratante pelas obrigações trabalhistas referentes aos empregados da empresa terceirizada. 2. **Interesse recursal subsistente após a aprovação das Leis n.º 13.429, de 31 de março de 2017, e 13.467, de 13 de julho de 2017, as quais modificaram a Lei n.º 6.019/1974 para expressamente consagrar a terceirização das chamadas “atividades-fim”, porquanto necessário não apenas fixar o entendimento desta Corte sobre a constitucionalidade da tese esposada na Súmula n.º 331 do TST quanto ao período anterior à vigência das referidas Leis, como também deliberar a respeito da subsistência da orientação sumular do TST posteriormente às reformas legislativas. (...) 10. **A dicotomia entre “atividade-fim” e “atividade-meio” é imprecisa, artificial e ignora a dinâmica da economia moderna, caracterizada pela especialização e divisão de tarefas com vistas à maior eficiência possível, de modo que frequentemente o produto ou serviço final comercializado por uma entidade comercial é fabricado ou prestado por agente distinto, sendo também comum a mutação constante do objeto social das empresas para atender a necessidades da sociedade, como revelam as mais valiosas empresas do mundo. (...)** 25. Recurso**

Extraordinário a que se dá provimento para reformar o acórdão recorrido e fixar a seguinte tese: **“É lícita a terceirização ou qualquer outra forma de divisão do trabalho entre pessoas jurídicas distintas, independentemente do objeto social das empresas envolvidas, mantida a responsabilidade subsidiária da empresa contratante”**. (RE 958.252, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-199 DIVULG 12-09-2019 PUBLIC 13-09-2019)

Já na ADPF nº 324⁵², Relator Ministro Roberto Barroso, julgada *em conjunto* com o RE 958.252, restou fixada tese ainda mais explícita sobre a licitude e a constitucionalidade da terceirização da atividade fim. Observam-se trechos da ementa:

Direito do Trabalho. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental. *Terceirização de atividade-fim e de atividade-meio. Constitucionalidade*. 1. A Constituição não impõe a adoção de um modelo de produção específico, não impede o desenvolvimento de estratégias empresariais flexíveis, tampouco veda a terceirização. Todavia, a jurisprudência trabalhista sobre o tema tem sido oscilante e não estabelece critérios e condições claras e objetivas, que permitam sua adoção com segurança. O direito do trabalho e o sistema sindical precisam se adequar às transformações no mercado de trabalho e na sociedade. 2. A terceirização das atividades-meio ou das atividades-fim de uma empresa tem amparo nos princípios constitucionais da livre iniciativa e da livre concorrência, que asseguram aos agentes econômicos a liberdade de formular estratégias negociais indutoras de maior eficiência econômica e competitividade. 3. A terceirização não enseja, por si só, precarização do trabalho, violação da dignidade do trabalhador ou desrespeito a direitos previdenciários. É o exercício abusivo da sua contratação que pode produzir tais violações. 4. *Para evitar tal exercício abusivo, os princípios que amparam a constitucionalidade da terceirização devem ser compatibilizados com as normas constitucionais de tutela do trabalhador, cabendo à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias (art. 31 da Lei 8.212/1993)*. 5. A responsabilização subsidiária da tomadora dos serviços pressupõe a sua participação no processo judicial, bem como a sua inclusão no título executivo judicial. 6. Mesmo com a

⁵² Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

superveniência da Lei 13.467/2017, persiste o objeto da ação, entre outras razões porque, a despeito dela, não foi revogada ou alterada a Súmula 331 do TST, que consolidava o conjunto de decisões da Justiça do Trabalho sobre a matéria, a indicar que o tema continua a demandar a manifestação do Supremo Tribunal Federal a respeito dos aspectos constitucionais da terceirização. Além disso, a aprovação da lei ocorreu após o pedido de inclusão do feito em pauta. 7. Firmo a seguinte tese: "1. *É lícita a terceirização de toda e qualquer atividade, meio ou fim, não se configurando relação de emprego entre a contratante e o empregado da contratada.* 2. Na terceirização, compete à contratante: i) verificar a idoneidade e a capacidade econômica da terceirizada; e ii) responder subsidiariamente pelo descumprimento das normas trabalhistas, bem como por obrigações previdenciárias, na forma do art. 31 da Lei 8.212/1993". 8. *ADPF julgada procedente para assentar a licitude da terceirização de atividade-fim ou meio.* Restou explicitado pela maioria que a decisão não afeta automaticamente decisões transitadas em julgado. (ADPF 324, Relator(a): ROBERTO BARROSO, Tribunal Pleno, julgado em 30/08/2018, DJe-194 DIVULG 05-09-2019 PUBLIC 06-09-2019)

Por todo o exposto, dúvidas não há mais: atualmente, a terceirização no Brasil (seja da atividade meio, seja da atividade fim) possui base legal específica e foi ratificada pela Magna Corte.

3.2. A terceirização na Administração Pública brasileira

A terceirização na esfera pública difere um pouco da terceirização na esfera privada. Primeiramente, impende ressaltar que a própria nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) define o termo "Administração Pública" englobando a administração direta e indireta "da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, inclusive as entidades com personalidade jurídica de direito privado sob controle do poder público e as fundações por ele instituídas ou mantidas" (art. 6º, III).

Embora a Lei nº 6.019/1974 e os supracitados julgados do STF não tenham abordado a questão, a terceirização da atividade fim dentro da administração pública brasileira encontra inúmeros obstáculos, até de ordem constitucional.

Algumas atividades da administração pública são simplesmente indelegáveis e, portanto, fora do âmbito de terceirização. Atividades que envolvam poder de polícia ou poder jurisdicional, por exemplo, são exclusivas de agentes estatais. Dessa maneira, não é possível terceirizar as atividades desenvolvidas pelos policiais, pelos agentes e fiscais tributários, pelos magistrados etc.

Ademais, algumas atividades possuem assento constitucional. Por exemplo, as funções essenciais à Justiça (Ministério Público, Advocacia Pública e Defensoria Pública), como o próprio nome indica, em razão da sua essencialidade e da imprescindibilidade na prestação jurisdicional, também estão fora da seara de terceirização. Além disso, caso haja a transferência dessas funções para uma empresa prestadora de serviços, também ocorrerá violação ao princípio do concurso público (CF/1988, art. 37, II).

Por fim, várias funções da administração pública fornecem acesso a informações estatais estratégicas ou confidenciais. Destarte, não é de bom alvitre permitir que um empregado terceirizado (que não possui vínculo algum com a administração pública) tenha acesso a essas informações.

Nessa mesma linha, o Decreto Federal nº 9.507⁵³ de 21/09/2018 apresenta várias vedações para a terceirização (execução indireta) dentro da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Visualiza-se:

⁵³ Dispõe sobre a execução indireta, mediante contratação, de serviços da administração pública federal direta, autárquica e fundacional e das empresas públicas e das sociedades de economia mista controladas pela União. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17. Acesso em: 21 jan. 2022.

Art. 3º *Não serão objeto de execução indireta na administração pública federal direta, autárquica e fundacional, os serviços:*

I - que envolvam a tomada de decisão ou posicionamento institucional nas áreas de planejamento, coordenação, supervisão e controle;

II - que sejam considerados estratégicos para o órgão ou a entidade, cuja terceirização possa colocar em risco o controle de processos e de conhecimentos e tecnologias;

III - que estejam relacionados ao poder de polícia, de regulação, de outorga de serviços públicos e de aplicação de sanção; e

IV - que sejam inerentes às categorias funcionais abrangidas pelo plano de cargos do órgão ou da entidade, exceto disposição legal em contrário ou quando se tratar de cargo extinto, total ou parcialmente, no âmbito do quadro geral de pessoal.

§ 1º *Os serviços auxiliares, instrumentais ou acessórios de que tratam os incisos do caput poderão ser executados de forma indireta, vedada a transferência de responsabilidade para a realização de atos administrativos ou a tomada de decisão para o contratado. (grifo nosso)*

Ainda nessa mesma direção, mas dessa vez com aplicação para toda a Administração Pública direta e indireta (federal, estadual e municipal), o art. 48 da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) preceitua que poderão ser objeto de execução por terceiros (terceirização) as atividades "*materiais acessórias, instrumentais ou complementares* aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade". Destarte, no âmbito da Administração Pública brasileira, a terceirização da atividade fim é rechaçada pelo ordenamento jurídico.

Por sua vez, é regra geral a terceirização dos seguintes serviços acessórios da Administração Pública: limpeza, copeiragem, vigilância, recepção, transportes, telecomunicações, manutenção predial, ascensorista, reprografia e informática.

O antigo (e ainda em vigor) Decreto-Lei 200 de 25/02/1967⁵⁴ já indicava a tendência de descentralização e de terceirização na Administração Pública, inclusive com os seus benefícios, ao prescrever que, *in verbis*:

Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser *amplamente descentralizada*. (...) § 7º *Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução* (grifo nosso).

Além das vantagens já apresentadas na seara privada, no âmbito da Administração Pública, há outros motivos deveras relevantes para a terceirização: (i) menor custo para a execução dos serviços, eis que os terceirizados não serão empregados ou servidores públicos, de sorte que não entrarão no regime próprio de previdência e nem contarão com os direitos e garantias das legislações estatutárias; (ii) utilização de seu quadro qualificado de empregados/servidores, concursados e com altos salários, nas atividades principais do órgão (foco e gestão); (iii) fiscalização da entrega do serviço final (e não da mão de obra); (iv) falta de mão de obra suficiente e preparada na Administração Pública para ser a real empregadora, com poder diretivo e punitivo, bem como para fazer todos os cálculos trabalhistas (férias, 13º, FGTS, TRCTs etc.).

Outra diferença significativa entre a terceirização na esfera privada para a esfera pública é que a Administração Pública não seleciona (ao seu juízo e gosto) a

⁵⁴ Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm . Acesso em 22 jan. 2022.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

empresa prestadora de serviço. A seleção da empresa ocorrerá, em regra, por meio de licitação pública, regida pela Lei nº 14.133/2021. Abre-se a licitação e a empresa que preencher todos os pontos do edital, sob os critérios elegidos pela Administração, vencerá o certame e, assinado o contrato administrativo (e não um contrato privado), prestará o serviço posto à terceirização em um dos órgãos da administração pública.

3.3. A responsabilização do ente público e a culpa *in vigilando*

Um dos pontos mais sensíveis da terceirização na administração pública trata-se da responsabilização subsidiária do ente público. Considerando que o ente público seleciona a empresa prestadora do serviço por meio de licitação pública, não é possível atribuir culpa *in eligendo* na escolha da empresa.

O artigo 71, §1º, da Lei nº 8.666/1993 preceitua (a lei continua vigente até 01/04/2023) que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento. Inclusive esse dispositivo foi apreciado pelo STF, em 2010, na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16⁵⁵, que resultou na seguinte ementa:

RESPONSABILIDADE CONTRATUAL. Subsidiária. Contrato com a administração pública. Inadimplência negocial do outro contraente. **Transferência consequente e automática dos seus encargos trabalhistas, fiscais e comerciais, resultantes da execução do contrato, à administração. Impossibilidade jurídica.** Consequência proibida pelo art., 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666/93. Constitucionalidade reconhecida dessa norma. Ação direta de constitucionalidade julgada, nesse sentido, procedente.

⁵⁵ Disponível em <https://jurisprudencia.stf.ius.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

Voto vencido. **É constitucional a norma inscrita no art. 71, § 1º, da Lei federal nº 8.666, de 26 de junho de 1993**, com a redação dada pela Lei nº 9.032, de 1995. (grifo nosso) (ADC 16, Relator(a): CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010, DJe-173 DIVULG 08-09-2011 PUBLIC 09-09-2011)

Após o julgamento do STF, dando ênfase na impossibilidade da “transferência consequente e automática” dos encargos, o Tribunal Superior do Trabalho, em maio de 2011, revisou a sua Súmula 331⁵⁶ para inserir os incisos V e VI no Enunciado, em linha com o julgamento do Supremo. Visualiza-se:

Súmula nº 331 do TST. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - **Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011.**(...) **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 responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral. (TST, Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011)

Essa ainda é a redação atual da Súmula 331 do TST. Já no ano de 2017, muito em razão da recalcitrância do TST, o Supremo Tribunal Federal novamente se debruçou

⁵⁶ Disponível em https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html. Acesso em 21 jan. 2022.

sobre o tema, no seio do Recurso Extraordinário com repercussão geral nº 760.931⁵⁷, julgado pelo Pleno do STF no dia 26/04/2017, Relatora Ministra Rosa Weber, Redator do acórdão Ministro Luiz Fux, para ratificar o entendimento de que a Administração Pública só será responsabilizada subsidiariamente se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos. Verificam-se trechos da ementa do acórdão:

RECURSO EXTRAORDINÁRIO REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA COM REPERCUSSÃO GERAL. DIREITO CONSTITUCIONAL. DIREITO DO TRABALHO. **TERCEIRIZAÇÃO NO ÂMBITO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. SÚMULA 331, IV E V, DO TST. CONSTITUCIONALIDADE DO ART. 71, § 1º, DA LEI Nº 8.666/93.** TERCEIRIZAÇÃO COMO MECANISMO ESSENCIAL PARA A PRESERVAÇÃO DE POSTOS DE TRABALHO E ATENDIMENTO DAS DEMANDAS DOS CIDADÃOS. HISTÓRICO CIENTÍFICO. LITERATURA: ECONOMIA E ADMINISTRAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PRECARIZAÇÃO DO TRABALHO HUMANO. RESPEITO ÀS ESCOLHAS LEGÍTIMAS DO LEGISLADOR. PRECEDENTE: ADC 16. EFEITOS VINCULANTES. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO. FIXAÇÃO DE TESE PARA APLICAÇÃO EM CASOS SEMELHANTES. (..) 6. A Administração Pública, pautada pelo dever de eficiência (art. 37, caput, da Constituição), deve empregar as soluções de mercado adequadas à prestação de serviços de excelência à população com os recursos disponíveis, mormente quando demonstrado, pela teoria e pela prática internacional, que a terceirização não importa precarização às condições dos trabalhadores. 7. O art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93, ao definir que a inadimplência do contratado, com referência aos encargos trabalhistas, não transfere à Administração Pública a responsabilidade por seu pagamento, representa legítima escolha do legislador, máxime porque a Lei nº 9.032/95 incluiu no dispositivo exceção à regra de não responsabilização com referência a encargos trabalhistas.

⁵⁷ Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

8. Constitucionalidade do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93 já reconhecida por esta Corte em caráter erga omnes e vinculante: ADC 16, Relator(a): Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 24/11/2010. 9. Recurso Extraordinário parcialmente conhecido e, na parte admitida, julgado procedente para fixar a seguinte tese para casos semelhantes: **“O inadimplemento dos encargos trabalhistas dos empregados do contratado não transfere automaticamente ao Poder Público contratante a responsabilidade pelo seu pagamento, seja em caráter solidário ou subsidiário, nos termos do art. 71, § 1º, da Lei nº 8.666/93”.** (grifo nosso) (RE 760931, Relator(a): ROSA WEBER, Relator(a) p/ Acórdão: LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 26/04/2017, REPERCUSSÃO GERAL - DJe-206 DIVULG 11-09-2017 PUBLIC 12-09-2017)

O artigo 121 da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) não seguiu outro caminho. Também deixa claro que, em regra, a Administração Pública não será responsabilizada. Poderá sim ser responsabilizada, excepcionalmente, nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, caso haja falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, de forma solidária para os encargos previdenciários e de forma subsidiária (com benefício de ordem) para os encargos trabalhistas. Traga-se à baila a novel legislação:

Art. 121. Somente o contratado será responsável pelos encargos trabalhistas, previdenciários, fiscais e comerciais resultantes da execução do contrato.

§ 1º A inadimplência do contratado em relação aos encargos trabalhistas, fiscais e comerciais não transferirá à Administração a responsabilidade pelo seu pagamento e não poderá onerar o objeto do contrato nem restringir a regularização e o uso das obras e das edificações, inclusive perante o registro de imóveis, ressalvada a hipótese prevista no § 2º deste artigo.

§ 2º *Exclusivamente nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra*, a Administração

responderá solidariamente pelos encargos previdenciários e subsidiariamente pelos encargos trabalhistas *se comprovada falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado*. (grifo nosso)

Pelo exposto, resta claro concluir que a responsabilização da Administração Pública nos contratos de terceirização está intrinsecamente atrelada à fiscalização contratual: caso haja culpa *in vigilando*, ou seja, falha na fiscalização do cumprimento das obrigações do contratado, a Administração Pública poderá ser responsabilizada. Por isso, é importante examinar e aplicar as ferramentas apresentadas pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pelo contratado e, assim, evitar a responsabilização do ente público, entre outros prejuízos.

4. A nova lei de licitações e contratos (lei nº 14.133/2021) e a fiscalização dos contratos de terceirização na administração pública

4.1. Inadimplência das verbas trabalhistas e fiscalização contratual

Consoante já afirmado, o grande percalço da terceirização na Administração Pública chama-se inadimplência das verbas trabalhistas. Basta observar o número significativo de processos sobre o tema que tramita na Justiça do Trabalho.

Relembra-se: caso a empresa terceirizada não arque com os créditos trabalhistas dos empregados, a Administração Pública, como tomadora dos serviços, pode ser responsabilizada subsidiariamente, caso haja falha na fiscalização do contrato administrativo. Ou seja, o ente público paga dobrado (caso condenado judicialmente) - para a empresa inadimplente e para o empregado. Por sua vez, o empregado terceirizado, indubitavelmente o mais frágil nessa relação triangular, recebe atrasado –

o processo judicial leva anos, às vezes décadas -, via precatório ou requisição de pequeno valor e ainda com o desconto dos honorários advocatícios (tudo isso caso consiga êxito na demanda).

Para agravar o cenário, caso haja paralisação do serviço terceirizado que seja essencial para a continuidade do órgão, pode ocorrer a interrupção do serviço público, com prejuízo explícito para toda a sociedade. Por exemplo, como um hospital público consegue funcionar sem o serviço de limpeza terceirizada? Como uma escola pública consegue funcionar sem o serviço de vigilância noturna?

Por fim, podem-se ponderar também os danos indiretos, como a sobrecarga do Poder Judiciário e o custo da máquina judicial. Um processo judicial que busca o pagamento dos créditos trabalhistas devidos ao empregado terceirizado envolve, invariavelmente: um advogado privado, um juiz trabalhista e um advogado público. Também pode envolver um Procurador do Ministério Público do Trabalho, caso haja interesse público envolvido. Em regra, esses processos levam anos e chegam até o Tribunal Superior do Trabalho, depois de passar pela Vara Trabalhista e pelo Tribunal Regional do Trabalho respectivo.

Enfim, o descumprimento das obrigações trabalhistas por parte da empresa contratada nos contratos de terceirização na Administração Pública é o pior dos mundos: tanto no mundo jurídico, quanto no mundo fático.

Na prática⁵⁸ e de forma bem objetiva, a grande maioria dessas empresas que prestam serviços terceirizados à Administração Pública é dependente de novos contratos administrativos. Elas assinam um contrato novo para pagar os débitos de um contrato antigo. Quando elas perdem uma licitação ou não conseguem renovar o

⁵⁸ Considerando que já ocupei o cargo de Advogado da União com lotação na área trabalhista e considerando que hoje ocupo o cargo de Procurador do Distrito Federal há vários anos (também com lotação na área trabalhista), posso considerar que tenho certa experiência prática no assunto da terceirização dentro da Administração Pública.

contrato, em regra, bem no aniversário de um ano dos empregados terceirizados – momento do pagamento do décimo terceiro e do início do período concessivo de férias – as empresas percebem a “quebra” iminente, pegam a última fatura do contrato administrativo e simplesmente “desaparecem” no mundo fático.

Anos depois, se nota que os antigos donos dessa empresa terceirizada “desaparecida” constituíram uma nova pessoa jurídica, por meio de “laranjas” ou “testas de ferro”, para participar de novas licitações em outros órgãos públicos. Ficam pulando de órgão em órgão da administração pública, por meio de pessoas jurídicas distintas, gerando enormes problemas para o empregado terceirizado, para o ente público e para a coletividade.

Além de haver uma quebra de continuidade na prestação do serviço terceirizado (muitas vezes exigindo da Administração Pública uma contratação emergencial, sem licitação, para cobrir o “buraco”), ainda há o mais revoltante: aquele empregado terceirizado, o mais humilde e o mais vulnerável de toda essa cadeia de terceirização, não consegue receber o seu devido décimo terceiro (gratificação natalina) e nem tirar férias. Em verdade, muitas vezes não consegue receber nem as verbas trabalhistas básicas de uma rescisão contratual, como a multa do FGTS e as contribuições previdenciárias. É corriqueiro o cenário de o empregado terceirizado ser obrigado a entrar na Justiça para considerar rescindido o seu contrato de trabalho e pleitear tudo via verbas rescisórias.

É justamente para evitar esse cenário catastrófico que a fiscalização dos contratos de terceirização na Administração Pública deve ocorrer de forma habitual, incisiva e efetiva, utilizando-se dos instrumentos apresentados pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) para se certificar do cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços (contratada).

4.2 As ferramentas trazidas pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) para evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na Administração Pública

Essas ferramentas estão apresentadas em um rol enumerativo (não taxativo) no art. 121, §3º, da referida lei, em uma redação que facilita o entendimento do fiscal do contrato de terceirização, senão vejamos:

Art. 121. § 3º Nas contratações de serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra, para assegurar o cumprimento de obrigações trabalhistas pelo contratado, a Administração, mediante disposição em edital ou em contrato, poderá, entre outras medidas:

- I - exigir caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias inadimplidas;
- II - condicionar o pagamento à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato;
- III - efetuar o depósito de valores em conta vinculada;
- IV - em caso de inadimplemento, efetuar diretamente o pagamento das verbas trabalhistas, que serão deduzidas do pagamento devido ao contratado;
- V - estabelecer que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados do contratado que participarem da execução dos serviços contratados serão pagos pelo contratante ao contratado somente na ocorrência do fato gerador. (grifo nosso)

Primeiramente, deve-se entender o que se conceitua por contratação de “serviços contínuos com regime de dedicação exclusiva de mão de obra”. A própria lei (art. 6º, XVI) define que são aqueles serviços cujo modelo de execução contratual exige, entre outros requisitos, que: a) os empregados do contratado fiquem à disposição nas dependências do contratante para a prestação dos serviços; b) o contratado não

compartilhe os recursos humanos e materiais disponíveis de uma contratação para execução simultânea de outros contratos; c) o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos.

Por conseguinte, são os contratos típicos de terceirização na Administração Pública. O Professor Matheus Carvalho, em seu recente livro “Nova Lei de Licitações Comentada” assim esclarece:

Esses serviços são caracterizados pelo fato de que a empresa contratada deve obrigatoriamente disponibilizar empregados que ficarão à disposição do órgão contratante para execução de atividades objeto do contrato em suas dependências. Imagine, a título de exemplo, *contratos de vigilância ou de recepcionistas*, em que os empregados da empresa ficarão à disposição do ente público durante toda a vigência do contrato, sendo que esse empregado não prestará serviço, ao mesmo tempo, em mais de um órgão. Por fim, é importante destacar que não poderá haver subordinação desses empregados aos agentes públicos, devendo essa fiscalização ficar a cargo da própria empresa, por meio de seus encarregados. *Trata-se de terceirização de mão de obra que terá o ente público como tomador de serviço. (...)* (grifo nosso) (CARVALHO, 2021, p. 62).

Todavia, é importante rememorar: terceirização não envolve personalidade e nem subordinação direta. Embora a lei exija que “o contratado possibilite a fiscalização pelo contratante quanto à distribuição, controle e supervisão dos recursos humanos alocados aos seus contratos” (art. 6º, XVI), isso não configura personalidade e nem subordinação direta.

Aliás, a recente lei, de forma muito bem vinda, apresentou uma série de proibições nos contratos de terceirização na administração pública (art. 48) que

prestigia (enormemente) os princípios da impessoalidade e da moralidade nesse tipo de contratação, bem como reforça a ausência de pessoalidade e de subordinação na terceirização. Trata-se de uma novidade deveras alvissareira. Observa-se:

Art. 48. Poderão ser objeto de execução por terceiros as atividades materiais acessórias, instrumentais ou complementares aos assuntos que constituam área de competência legal do órgão ou da entidade, *vedado à Administração ou a seus agentes, na contratação do serviço terceirizado:*

I - *indicar pessoas expressamente nominadas para executar direta ou indiretamente o objeto contratado;*

II - *fixar salário inferior ao definido em lei ou em ato normativo a ser pago pelo contratado;*

III - *estabelecer vínculo de subordinação com funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado;*

IV - *definir forma de pagamento mediante exclusivo reembolso dos salários pagos;*

V - *demandar a funcionário de empresa prestadora de serviço terceirizado a execução de tarefas fora do escopo do objeto da contratação;*

VI - *prever em edital exigências que constituam intervenção indevida da Administração na gestão interna do contratado.*

Parágrafo único. Durante a vigência do contrato, é vedado ao contratado contratar cônjuge, companheiro ou parente em linha reta, colateral ou por afinidade, até o terceiro grau, de dirigente do órgão ou entidade contratante ou de agente público que desempenhe função na licitação ou atue na fiscalização ou na gestão do contrato, devendo essa proibição constar expressamente do edital de licitação (grifo nosso).

A primeira medida apresentada pela lei para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada é a exigência de "caução, fiança bancária ou contratação de seguro-garantia com cobertura para verbas rescisórias

inadimplidas” (art. 121, §3º, I). Essas três opções são garantias contratuais (art. 96) que podem ser exigidas, caso a caso, a critério da autoridade competente, mediante previsão no edital.

Destaca-se que as exigências de garantias no edital ou no contrato devem observar os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade. Exigir uma garantia excessivamente onerosa pode afastar eventuais interessados e ir de encontro ao princípio da competitividade (art. 5º). Por isso que a lei deixa clara que as garantias contratuais devem ter “cobertura para verbas rescisórias inadimplidas” (art. 121, §3º, I).

Caução é o depósito em dinheiro ou em títulos da dívida pública. Fiança bancária é a garantia emitida por banco ou outra instituição financeira. Seguro garantia é a apólice que garante o fiel cumprimento das obrigações assumidas pelo contratado, inclusive as multas, os prejuízos e as indenizações decorrentes de inadimplemento (art. 97). Ressalta-se que o prazo de vigência da apólice será igual ou superior ao prazo estabelecido no contrato e deverá acompanhar as modificações referentes à vigência do contrato mediante a emissão do respectivo endosso pela seguradora.

A segunda ferramenta apresentada pela lei é condicionar o pagamento da fatura à empresa terceirizada mediante a comprovação da quitação das obrigações trabalhistas vencidas relativas ao contrato (art. 121, §3º, II). Ou seja, todo mês, antes do pagamento da fatura, o fiscal do contrato deverá exigir a comprovação do pagamento das obrigações trabalhistas vencidas (dos meses anteriores) de todos os empregados terceirizados relativos ao contrato.

Entende-se que, em prestígio ao princípio da publicidade, ainda que a lei utilize a expressão “mediante disposição em edital ou em contrato”, essa ferramenta - vinculação do pagamento da fatura à comprovação de quitação das obrigações trabalhistas vencidas - deva ter previsão no edital e no contrato administrativo.

Trata-se de uma boa medida para diminuir o risco de inadimplência de verbas trabalhistas dos empregados terceirizados. Todavia, considerando que a comprovação se dá pela quitação das obrigações vencidas, é possível imaginar o cenário que a empresa prestadora de serviço pague corretamente todas as verbas trabalhistas até o penúltimo mês do contrato e, ao receber a última fatura mediante comprovação dos pagamentos anteriores, simplesmente “desaparece” no mundo fático e jurídico. Por isso, o risco maior nesses contratos de terceirização se dá exatamente no pagamento da última fatura vinculada ao contrato.

A terceira ferramenta (certamente a mais utilizada) trata-se do instituto da conta vinculada. Conta vinculada nada mais é que uma conta depósito específica, aberta em nome da empresa contratada, e com movimentação apenas quando autorizada pelo órgão contratante, em que a Administração Pública provisionará as verbas referentes a: (i) décimo terceiro (gratificação natalina); (ii) férias com terço constitucional; (iii) multa de 40% do FGTS (no caso de rescisão sem justa causa); (iv) contribuições previdenciárias (referentes ao caso de rescisão sem justa causa); e, por fim, (v) encargos sobre férias e décimo terceiro, de todos os empregados terceirizados vinculados ao contrato.

Chama-se conta vinculada porque o dinheiro depositado está vinculado ao pagamento das verbas supraindicadas e a movimentação da conta ocorre apenas quando autorizada pelo órgão ou entidade contratante, mediante comprovação das despesas por parte da empresa contratada. Não se trata, portanto, de um fundo de reserva ou de uma garantia contratual.

É uma espécie de pagamento diferido: a Administração Pública deposita valores antecipadamente e a liberação dos valores para a empresa contratada só ocorre quando da ocorrência das obrigações trabalhistas futuras.

Muito importante registrar que a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) deixa claro e expresse que os valores depositados na conta vinculada são “absolutamente impenhoráveis” (art. 121, §4º).

Apenas a título ilustrativo, no âmbito da Administração Pública Federal, o item 14, do Anexo XII, da Instrução Normativa nº 05, de 25/05/2017⁵⁹, apresenta os percentuais de provisionamento incidentes sobre a remuneração que variam entre 32,82% a 33,25%. Na esfera da Administração Pública do Distrito Federal, o Decreto Distrital nº 34.649, de 10/09/2013⁶⁰ apresenta o percentual de 30,83% de contingenciamento incidente sobre a remuneração.

Por fim, novamente, ainda que a lei utilize a expressão “mediante disposição em edital ou em contrato”, entende-se que a ferramenta da conta vinculada deva ter previsão no edital e no contrato administrativo, em prestígio ao princípio da confiança e da publicidade.

A quarta ferramenta, apresentada no quarto inciso do artigo 121, §3º, da Lei nº 14.133/2021, constitui o instituto do pagamento direto. É dizer: constatada a inadimplência das obrigações trabalhistas pela empresa terceirizada, a Administração Pública poderá reter o pagamento da fatura à empresa contratada e utilizar esse dinheiro para o pagamento direto aos empregados terceirizados vinculados ao contrato.

Essa ferramenta deve ser utilizada com muita cautela por parte da Administração Pública. A um, porque, em regra, o órgão público não possui mão de obra suficiente e preparada para fazer todos esses cálculos trabalhistas e, segundo o

⁵⁹ Disponível em <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/midias/INn05de26de2017Hiperlink.pdf>. Acesso em 22 jan. 2022.

⁶⁰ Disponível em http://www.sinj.df.gov.br/sinj/Norma/75015/Decreto_34649_10_09_2013.html. Acesso em 22 jan. 2022.

brocardo jurídico (com inspiração no art. 308 do CC/2002⁶¹), “quem paga mal paga duas vezes”. A dois, porque a Administração Pública não consegue fazer a emissão das guias de recolhimento das contribuições previdenciárias e do FGTS em substituição à empresa terceirizada, uma vez que esta é a única responsável legal com possibilidade de realizar tal ação.

Destarte, se a ferramenta não for utilizada com muito cuidado, é bem provável o cenário de a Administração Pública pagar diretamente ao terceirizado e, futuramente, ainda ser demandada judicialmente para discussão sobre pagamento equivocado ou incompleto. De qualquer sorte, considerando que houve a constatação de inadimplência das obrigações trabalhistas, recomenda-se que os fiscais do contrato notifiquem as irregularidades à Receita Federal, ao Ministério do Trabalho, ao Ministério Público do Trabalho e ao Sindicato obreiro da categoria, bem como proceda à aplicação das sanções previstas no contrato administrativo assinado.

A quinta e última ferramenta apresentada pela nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) trata-se do instituto do pagamento pelo fato gerador. A Administração Pública pode estabelecer (no edital ou no contrato⁶²) que os valores destinados a férias, a décimo terceiro salário, a ausências legais e a verbas rescisórias dos empregados terceirizados vinculados ao contrato serão pagos à empresa contratada somente na ocorrência do fato gerador.

Considerando que são valores referentes a eventos futuros e incertos, só serão pagos após efetivamente ocorridos e na proporção dos valores correspondentes. É uma ferramenta que está muito próxima da ferramenta da conta vinculada. A diferença

⁶¹ Art. 308. O pagamento deve ser feito ao credor ou a quem de direito o represente, sob pena de só valer depois de por ele ratificado, ou tanto quanto reverter em seu proveito.

⁶² Novamente, ainda que a lei utilize a expressão “mediante disposição em edital ou em contrato”, entende-se que a ferramenta do pagamento pelo fato gerador deva ter previsão no edital e no contrato administrativo, em prestígio ao princípio da confiança e da publicidade.

é que a Administração Pública reterá os valores referentes a essas verbas e só pagará à empresa contratada após as efetivas ocorrências dos respectivos fatos. Ao contrário da conta vinculada, não há depósito prévio em uma conta em nome da empresa contratada. O dinheiro permanece com a Administração Pública.

No seio da Administração Pública Federal, há o documento intitulado “Caderno de Logística – Pagamento pelo Fato Gerador⁶³” que apresenta, em sua introdução, uma elucidativa explicação das razões para se utilizar dessa ferramenta. Visualiza-se:

Ademais, essa nova metodologia do **Pagamento pelo Fato Gerador** se insere como um dos controles internos que podem ser adotados para o tratamento dos riscos relativos ao descumprimento das obrigações trabalhistas, previdenciárias e para com o FGTS, quando se propõe que **a Administração se responsabilize tão somente pelo pagamento dos custos decorrentes de eventos efetivamente ocorridos, mitigando pagamentos dos custos que muitas vezes não se realizam e que oneram em demasia os contratos de prestação de serviço em regime de dedicação exclusiva de mão de obra**, a exemplo de valores para rescisão, ausências legais, auxílio maternidade e paternidade, dentre outros. Ou seja, caso não comprovados os eventos trabalhistas, dentre outros futuros e incertos, que dariam ensejo ao pagamento pela Administração, tais eventos não comporão os custos finais para pagamento do contrato, de modo que **os respectivos recursos permanecem nos cofres públicos**. (Pagamento pelo fato gerador / Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão, Secretaria de Gestão. - Brasília: MP, 2018. Caderno de Logística).

⁶³ Disponível em https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/fato_gerador.pdf. Acesso em 22 jan. 2022.

Como são eventos futuros e incertos, especialmente as ausências legais (licença maternidade, licença paternidade etc.), ao longo da execução contratual, é bem provável que haverá meses em que não ocorrerão eventos passíveis de pagamento pelo fato gerador. Logo, como não há direito adquirido de pagamento à empresa contratada sem a comprovação das efetivas ocorrências, os eventos nem serão contabilizados. Para esses meses, a Administração Pública pagará somente os custos ordinários, tais como remuneração, encargos, benefícios, insumos necessários à execução da atividade etc. Eventual saldo orçamentário no final da vigência do contrato com a empresa prestadora de serviço não será objeto de liberação ou de repasse à empresa contratada. Em suma, paga-se sim, mas de acordo e na proporção da ocorrência dos fatos geradores.

Considerações finais

Não é (e nunca foi) tarefa fácil ser fiscal de contrato de terceirização na Administração Pública brasileira. Qualquer pequeno descuido e o fiscal pode ser responsabilizado nas esferas administrativa, civil e penal, inclusive com patrimônio pessoal. Pesa sobre sua cabeça a espada de Dâmocles de todos os órgãos controladores: Tribunais de Contas, Controladorias, Corregedorias, Ministério Público, etc. E, ordinariamente, esses órgãos controladores possuem melhor estrutura e equipe técnica mais preparada que as dos órgãos controlados.

Por isso é muito importante que o fiscal do contrato conheça todos os instrumentos trazidos pela legislação brasileira para evitar descumprimentos por parte da empresa contratada. Especificamente no seio dos contratos de terceirização na Administração Pública, a nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021) trouxe

cinco ferramentas deveras útil para assegurar o cumprimento das obrigações trabalhistas pela empresa prestadora de serviços terceirizados.

Não são ferramentas verdadeiramente inéditas. Ao menos na Administração Pública federal, as ferramentas já eram apresentadas (ainda que superficialmente) pela Instrução Normativa nº 05, de 25/05/2017 e pelo Decreto Federal nº 9.507, de 21/09/2018. O que é novidade são o veículo normativo (lei nacional com aprovação pelo Congresso Nacional), o detalhamento das ferramentas (redação legal bem elucidativa) e o âmbito de aplicação (toda a administração direta e indireta da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios). Por conseguinte, é bem provável que a grande maioria dos fiscais de contratos de terceirização no Brasil não possui conhecimento desses instrumentos, mesmo com a publicação da Lei nº 14.133/2021.

Sendo bem utilizadas, as ferramentas podem ser sim muito eficazes para se evitar a inadimplência das obrigações trabalhistas nos contratos de terceirização na Administração Pública e, dessa maneira, também podem ser eficazes para afastar as já conhecidas consequências trágicas desse problema.

É uma atuação preventiva da Administração Pública, mas que não elimina o risco por completo. O risco permanece, ainda que reduzido. Na verdade, são instrumentos de gerenciamento, de mitigação e de redução do risco de inadimplência nos contratos de terceirização na Administração Pública.

Ousa-se concluir que a utilização das referidas ferramentas é um poder dever do fiscal do contrato e a sua não utilização deva ser justificada e fundamentada, caso a caso, considerando sempre os princípios apresentados no artigo quinto da nova Lei de Licitações e Contratos (Lei nº 14.133/2021), em especial os da proporcionalidade, da razoabilidade, da competitividade e da segurança jurídica.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 20 jan. 2022.

_____. Decreto nº 9.507, de 21 de setembro de 2018. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2015-2018/2018/Decreto/D9507.htm#art17. Acesso em 20 jan. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT). Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452compilado.htm. Acesso em 20 jan. 2022.

_____. Decreto-Lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del0200.htm. Acesso em 22 jan. 2022.

_____. Instrução Normativa nº 5, de 25 de maio de 2017. Disponível em: <https://www.gov.br/compras/pt-br/aceso-a-informacao/legislacao/instrucoes-normativas/midias/INn05de26de2017Hiperlink.pdf>. Acesso em 22 jan. 2022.

_____. Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6019.htm. Acesso em 22 jan. 2022.

_____. Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666compilado.htm. Acesso em 19 jan. 2022.

_____. Lei nº 14.133, de 1º de abril de 2021. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2019-2022/2021/lei/L14133.htm. Acesso em 21 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 16. Relator: Min. Cezar Peluso. Data do julgamento: 24/11/2010. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur197916/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 324. Relator: Min. Roberto Barroso. Data do julgamento: 30/08/2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410185/false>. Acesso em: 21 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 760.931. Relatora: Min. Rosa Weber, Redator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 26/04/2017. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur373217/false>. Acesso em: 20 jan. 2022.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 958.252. Relator: Min. Luiz Fux. Data do julgamento: 30/08/2018. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur410691/false>. Acesso em: 21/01/2022.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Súmula nº 331. Disponível em: https://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_301_350.html#SUM-331. Acesso em 20 jan. 2022.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. Pagamento pelo fato gerador. Brasília, MP 2018. Caderno de Logística. Disponível em: https://www.gov.br/compras/pt-br/agente-publico/cadernos-de-logistica/midia/fato_gerador.pdf. Acesso em 22 jan. 2022.

CARVALHO, Matheus. **Nova Lei de Licitações Comentada**. Salvador: JusPodivm, 2021.

DISTRITO FEDERAL. Decreto nº 34.649, de 10 de setembro de 2013. Disponível em: http://sinj.tc.df.gov.br/sinj/Norma/75015/Decreto_34649_10_09_2013.pdf. Acesso em 19 jan. 2022.

HUGO, VICTOR. **Les Misérables**. França: A. Lacroix, Verboeckhoven & Ce., 1862.

JOÃO PAULO II, Papa. **Carta Encíclica Laborem Exercens**, 1981. Disponível em: https://www.vatican.va/content/john-paul-ii/pt/encyclicals/documents/hf_jp-ii_enc_14091981_laborem-exercens.pdf. Acesso em: 19 jan. 2022.

LEÃO XIII, Papa. **Carta Encíclica *Rerum Novarum***, 1891. Disponível em: https://www.vatican.va/content/leo-xiii/pt/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.pdf . Acesso em: 19 jan. 2022.

MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o direito do trabalho**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO (OIT). **Declaração de Filadélfia**, 1944. Disponível em: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf . Acesso em: 20 jan. 2022.

ANÁLISE ECONÔMICA DA PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR: a eficiência das decisões no âmbito da câmara de recursos de previdência complementar

Desiree Paes Liger

Servidora Pública do quadro de agente administrativo do Ministério do Trabalho e Previdência, lotada na Secretaria de Previdência.

Douglas Henrique Marin dos Santos

Doutor em Ciências pela Universidade Federal de São Paulo, Mestre em Direito (Ciências jurídico-filosóficas) pela Universidade do Porto (UP-Portugal), Pós-graduado em Direito das Obrigações pela Universidade Estadual Paulista (Unesp) e em Ciências Jurídicas pela Universidade do Porto (UP-Portugal).

Resumo

A decisão em grau recursal de instância administrativa não se presta à análise de condutas criminais dolosas para as quais haja cominação pena. Tampouco faz coisa julgada, uma vez que as demandas oriundas da via administrativa ainda podem ser levadas ao Poder Judiciário. Ainda assim, os atos da administração, sobretudo considerando a grande quantidade de regramentos infralegais, devem refletir ao máximo o princípio da segurança jurídica, para que o processo em si não se torne a punição do infrator. Buscou-se, na análise econômica do direito, as vias analíticas para melhor equacionar as decisões proferidas na Câmara de Recursos de Previdência Complementar e a expectativa dos autuados com relação ao regular trâmite do processo.

Palavras-chaves: Previdência Complementar. Análise Econômica do Direito. Câmara de Recursos. Apuração de Responsabilidade. Atividade Fiscalizatória.

Abstract

The decision on appeal of an administrative instance does not lend itself to the analysis of willful criminal conduct for which there is a penalty. Nor does res judicata, since the demands arising from the administrative route can still be taken to the Judiciary. Even so, the acts of the administration, especially considering the large number of infralegal regulations, must reflect the principle of legal certainty as much as possible, so that the process itself does not become the offender's punishment. It was sought, in the economic analysis of the law, the analytical ways to better equate the decisions rendered in the Chamber of Complementary Pension Appeals and the expectation of the defendants in relation to the regular course of the process.

Keywords: Complementary Pension. Economic Analysis of Law. Resource Chamber. Accountability Assessment. Inspection Activity

1. Introdução

O sistema previdenciário brasileiro é estruturado por três pilares: i) o regime geral público, também conhecido como INSS, obrigatório a todos os trabalhadores da iniciativa privada que de algum modo auferem renda; ii) o regime próprio público, destinado aos servidores dos entes federativos e, iii) o regime de previdência complementar, autônomo em relação aos regimes públicos, de adesão não-obrigatória e baseado no sistema capitalizado, cuja formação de poupança é individual. Não existe solidariedade entre gerações na previdência complementar, isso significa que o participante contribui para a sua conta previdenciária pessoal e só receberá a quantia que estiver disponível até o limite de sua reserva financeira.⁶⁴

Ainda dentro do regime de previdência complementar, devemos dividi-lo, para fins de delimitação do tema deste artigo, em Entidades Abertas de Previdência Complementar e Entidades Fechadas de Previdência Complementar. Iremos, portanto, focar nas fechadas.

As Entidades Fechadas de Previdência Complementar – EFPC, também conhecidas como “fundos de pensão”, comercializam os planos fechados. Entende-se por fechados os planos oferecidos exclusivamente a profissional, categoria ou entidade de classe, desde que possuam algum tipo de vínculo empregatício ou associativo. Elas não possuem como finalidade o lucro, logo eventuais desempenhos positivos advindos da atividade de administração dos recursos previdenciários são automaticamente revertidos aos participantes.

O objeto deste trabalho focalizará num procedimento administrativo inerente às Entidades Fechadas do terceiro pilar, e mais especificamente, quais seriam os

⁶⁴ Essa é a regra. Mas pode haver mútuo na modalidade benefício definido, uma vez que o componente atuarial se faz presente no equacionamento de possíveis déficits gerando solidariedade entre os participantes.

mecanismos que poderiam ser implementados de forma a otimizar a eficiência das decisões administrativas que envolvem essas Entidades do regime de previdência complementar fechado.

Inicialmente, é importante trazer à baila o fato de que, pela legislação atual, o INSS proporciona um benefício de aposentadoria equivalente a 60% da média de todas as contribuições ao longo da vida laboral do trabalhador. Repise-se que 60% da média contributiva é algo bem distante do último salário, considerando que, via de regra, o salário tende a aumentar conforme passam-se os anos de trabalho.

Resta claro, portanto, que a aposentadoria pública não é capaz de garantir a mesma qualidade de vida do período em atividade. Portanto, dentro da estrutura previdenciária brasileira, o regime de previdência complementar é o único capaz de proporcionar maior bem-estar financeiro ou até mesmo a manutenção do poder econômico na aposentadoria, momento da vida em que os gastos com saúde tendem a aumentar.

Contribuir para a previdência complementar corresponde a um ato voluntário por parte do trabalhador que decide deixar de gastar parte do seu salário hoje, em prol de um montante que será usufruído somente após seus 30 anos de atividade laboral. E enquanto o momento da conversão em renda não chega, tais recursos são confiados a dezenas de gestores diferentes que cumprem seu mandato por um prazo determinado (e bem curto, a depender do estatuto de cada entidade). São pessoas físicas teoricamente aptas a administrar o fundo de pensão dos trabalhadores de determinada empresa ou associação.

Eventuais falhas na gestão dos recursos de aposentadoria são lavrados em autos de infração e, caso haja interposição de recurso, compete à CRPC - Câmara de Recursos da Previdência Complementar, órgão julgador de único e último grau

recursal, a apuração de responsabilidade ou correção de condutas irregulares no âmbito do regime da previdência complementar fechado.

Sobre este tema, destaca-se desde início que a complexidade e amplitude do tema poderia levar a interpretações errôneas acerca do primoroso papel do órgão recursal de previdência complementar. Sendo assim, importante frisar que o presente estudo buscou observar a eficiência das decisões da CRPC, por meio da análise econômica do direito, adotando-se, para tanto, critérios objetivos que foram aplicados em situações bem pontuais, sem, portanto, adentrar no mérito dos processos que são levados ao órgão colegiado.

1.1 Problema

Considerando a enorme responsabilidade de se gerir recursos de terceiros, as condutas dos gestores devem encontrar balizas sólidas e bem fundamentadas tanto na legislação atinente à matéria quanto nas resoluções e atos infralegais. Ocorre que o fluxo processual para apuração de irregularidade no âmbito administrativo conurba as esferas de legislação, execução e julgamento das normas infralegais, uma vez que o órgão fiscalizador, na figura da Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, propõe ao CNPC – Conselho Nacional de Previdência Complementar as próprias resoluções que, adiante, caso descumpridas, servirão de fundamentação para lavratura de auto de infração e imputação das penalidades que, à propósito, serão executadas pela própria Autarquia. E, ainda, caso o administrado pretenda recorrer da decisão da Previc, 3 representante da Autoridade fiscalizadora (dentre as 4 cadeiras para servidores da Pasta), estarão na composição dos nobres conselheiros da CRPC.

Cumulado a isso, soma-se o fato de que não retorna para o patrimônio da Entidade o valor que foi pago a título de multa pelo Gestor-autuado como penalidade administrativa apurada em sede recursal pela Câmara de Recursos. Uma vez identificada, por exemplo, que o gestor aplicou os recursos garantidores das reservas técnicas em desacordo com o estabelecido pelo Conselho Monetário Nacional, devido ao caráter punitivo e disciplinar da sanção administrativa, tais valores serão recolhidos ao Tesouro Nacional, por meio de GRU. A busca pelo ressarcimento ao plano será feita pelas vias legais e não administrativa.

Diante deste contexto, temos de um lado a atividade de fiscalização envolvida em todas as etapas do processo administrativo sancionador, para cuja autuação costumam ser arbitrados os patamares máximos punitivos, e de outro, a conduta irregular do gestor de um fundo de pensão que não empreendeu a diligência necessária na sua gestão, ocasionando por vezes prejuízos milionários com recursos de terceiros.⁶⁵

Sendo assim, seria possível, por meio da análise econômica do direito, identificar no fluxo processual da CRPC - Câmara de Recursos em Previdência Complementar padrões de comportamentos dos gestores que culminam no

⁶⁵ Cita-se o caso da Entidade SERPROS (Processo SEI nº 44011.003283/2017-44) em que a Previc indicou provisão para perda, no que se refere às debêntures da SPE Brasil Solair, no montante de R\$ 76.928.947,24 (setenta e seis milhões, novecentos e vinte e oito mil, novecentos e quarenta e sete reais e vinte e quatro centavos). Uma operação de compra de debentures com garantia fraudada em painéis solares que sequer possuíam autorização do INMETRO para serem vendidos: “No que trata da irregularidade quanto à análise das garantias da operação, o artigo 30, da Resolução CMN nº 3.792/2009 impunha que a prestação de garantias por SPEs deveria ser objeto de análise de risco e, no caso, “as garantias apresentadas eram os ativos da Brasil Solair e as cotas do FIP Energia, entretanto, o FIP Energia detém 99,07% das ações da Brasil Solair, ou seja, a garantia do projeto era o próprio projeto. A empresa contratada para realizar o rating da emissora baseou sua análise nas garantias dos ativos da própria emissora. Além disso, no momento da aquisição de tais garantias, consideradas fortes pela LF rating, no total de R\$ 10 milhões, valor este que cobria apenas 5% do total da emissão de R\$ 200 milhões” e, na hipótese de execução das garantias “todas as garantias oferecidas pela SPE Brasil Solair, via vencimento antecipado, o valor que se poderia conseguir seria bem inferior aos aludidos R\$ 44.094.415,21, ainda mais que não conseguiria revender os painéis solares, ou seja, não conseguiria obter todo o investimento de volta, e ainda teria despesas para manutenção das garantias.”

cometimento de irregularidades? Ou então seria viável o aperfeiçoamento das normas infralegais de forma a trazer melhor clareza e segurança jurídica para a atuação dos gestores, de forma a reduzir a incidência de condutas infracionais culposas?

1.2 Objetivos

Os objetivos da investigação a ser realizada podem ser assim descritos:

1.2.1 Objetivo geral

O objetivo geral é verificar se é possível aplicar a análise econômica do direito no âmbito das decisões da CRPC - Câmara de Recursos em Previdência Complementar.

1.2.2 Objetivos específicos

Uma vez atendido o objetivo geral deste estudo, serão observados os seguintes objetivos específicos:

a) analisar a evolução da legislação previdenciária, bem como as características do processo sancionador no âmbito da Câmara de Recursos da Previdência Complementar.

b) analisar as características da AED - análise econômica do direito à luz do que dispõe as doutrinas sobre o tema.

c) estabelecer uma comparação entre a AED e as decisões proferidas na esfera recursal administrativa da CRPC, visando avaliar o que a análise econômica teria a contribuir para o aperfeiçoamento do processo administrativo sancionador.

2. CONTEXTO LEGAL DA ESFERA RECURSAL ADMINISTRATIVA DA CRPC

A Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001, que dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar - RPC, editada com fundamento no art. 202 do texto constitucional, estabelece como dever do Estado disciplinar, coordenar e supervisionar as atividades por ela reguladas, compatibilizando-as com as políticas previdenciária e de desenvolvimento social e econômico-financeiro. Preceitua também que a normatização, coordenação, supervisão, fiscalização e controle das atividades das entidades de previdência complementar serão realizados por órgãos regulador e fiscalizador, conforme disposto em lei.

Assim sendo, foi editada a Lei nº 12.154 incluir nas Referências, de 23 de dezembro de 2009, que criou a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC, atribuindo-lhe a função de fiscalização e de supervisão das atividades das entidades fechadas de previdência complementar - EFPC, bem como reestruturou o Conselho de Gestão da Previdência Complementar, que passou então a se chamar Conselho Nacional de Previdência Complementar - CNPC, que exerce a função de órgão regulador do regime de previdência complementar operado pelas entidades fechadas.

O caput do art. 202, da Constituição da República de 1988, com redação dada pela Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, estabelece as diretrizes fundamentais do regime de previdência complementar, caracterizando-o com base no princípio da facultatividade e da constituição de reservas em sistema de capitalização, e que deve ser regulado por lei complementar.

As Leis Complementares nºs 108 e 109, ambas de 2001, regulam a disposição constitucional. A primeira dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito

Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas EFPC.

Já a Lei Complementar nº 109, de 2001 dispõe sobre o RPC – Regime de Previdência Complementar, sendo aplicável, subsidiariamente, na relação entre as entidades previstas na Lei Complementar nº 108, de 2001 e suas EFPC.

Atualmente, o órgão regulador dessas entidades é o Ministério do Trabalho e Previdência, por meio do Conselho Nacional de Previdência Complementar – CNPC, e a autoridade supervisora e fiscalizadora é a Superintendência Nacional de Previdência Complementar – PREVIC.

A legislação brasileira é no sentido de que o microsistema de previdência complementar fechado deve ser fortemente regulado, principalmente considerando os aspectos de segurança e de proteção aos interesses dos participantes e assistidos dos planos de benefícios. Esse é o motivo pelo qual o Estado avoca para si o dever de autorizar o funcionamento das entidades fechadas de previdência complementar e exerce a supervisão e a fiscalização de sua atuação. Portanto, o que a norma busca proteger é a relação entre os vínculos de emprego e previdenciário, bem como as contribuições inerentes (contribuição normal e contrapartida).

A Câmara de Recursos da Previdência Complementar é um órgão colegiado integrante da estrutura do atual Ministério da Economia com competências para apreciar e julgar os recursos interpostos contra decisões da Diretoria Colegiada da Superintendência Nacional de Previdência Complementar (Dicol-Previc), referentes a autos de infração e aos lançamentos tributários da Taxa de Fiscalização e Controle da Previdência Complementar (Tafic).

Ademais, a regulamentação da organização e do funcionamento da Câmara de Recursos, bem como os procedimentos processuais referentes à apreciação dos recursos administrativos estão previstos nos Decretos nº 7.123, de 03 de março de

2010⁶⁶ e nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003⁶⁷, bem como no Regimento Interno, anexo da Portaria MPS nº 282⁶⁸, de 31 de maio de 2011.

2.1. Incongruências do processo sancionador

Adiante será apresentado uma série de situações específicas do processo sancionar que, num grau ou outro, dificultam a otimização da eficiência das decisões da CRPC.

2.1.1 Participação do órgão fiscalizador em todas as fases do processo administrativo sancionador.

Conforme já antecipado na introdução deste artigo, a participação da Previc ocorre em todas as fases do processo administrativo sancionador, desde a lavratura do auto de infração, passando pela Diretoria de Fiscalização, depois pela primeira decisão plurissubjetiva na DICOL – Diretoria Colegiada, ainda da Previc, ato contínuo na Câmara de Recursos de Previdência Complementar e, por fim, na execução da decisão de último grau.

A participação do órgão de fiscalização não se restringe ao rito sancionador, eis que ainda se estende aos aspectos normativos. A grande maioria das Resoluções do CNPC – Conselho Nacional de Previdência Complementar⁶⁹ são minutas trazidas pela Previc, que adiante, utilizará o normativo idealizado pelo próprio órgão para lavra autos de infração que, mais uma vez, terão suas multas executadas pela Previc. E

⁶⁶ Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7123.htm

⁶⁷ Cf. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4942.htm

⁶⁸ Cf. http://sa.previdencia.gov.br/site/2014/08/3_110608-110545-8813.pdf

⁶⁹ A Lei Complementar nº 109, de 2001 e a Lei nº 12.154, de 2009, incumbem ao CNPC a função de órgão regulador do RPC operado pelas Entidades Fechadas de Previdência Complementar.

considerando ainda a representação do órgão fiscalizador na CRPC, quando a relatoria do processo recai sobre servidor da Autarquia, torne-se incontestável a incidência do efeito halo⁷⁰, o que enfraquece a eficiência da instância recursal. Sobre o tema, destaque-se a publicação da Portaria MTP nº 327, seção 2, página 41, no DOU de 18 de fevereiro de 2022⁷¹ que designou a Coordenadora-Geral do Processo Sancionador da Previc para a exercer a função de conselheira titular na Câmara de Recursos da Previdência Complementar. Com a nova indicação, tem-se atualmente 3 membros da Previc ocupando assentos de conselheiro titular. O pleno é composto de 7 membros, sendo 4 assentos destinados aos servidores.

2.1.2. Ausência de clareza normativa

A falta de regulamentação que reflita a prática processual restringe tanto o entendimento do conteúdo normativo para o gestor de fundo de pensão quanto para a aplicação do referido normativo por parte da administração pública.

A título de exemplo, o Decreto nº 4.942⁷² foi publicado no ano de 2003, época em que ainda se falava em depósito recursal administrativo. Isso porque apenas na Sessão Plenária de 29/10/2009 que o STF aprovou o enunciado da Súmula Vinculante nº 21, que menciona o seguinte: “É inconstitucional a exigência de depósito ou arrolamento prévios de dinheiro ou bens para admissibilidade de recurso administrativo.”

⁷⁰ Avaliação sob algum viés. Tendência à manutenção da decisão de origem.

⁷¹ Cf. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/portarias-mtp-de-16-de-fevereiro-de-2022-381134315>

⁷² Regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar.

Além disso, a estrutura ministerial a qual a Previc é vinculada já alterou tantas vezes que as nomenclaturas utilizadas no decreto e até mesmo os nomes dos órgãos já não são mais os mesmos.

Portanto, a ausência de clareza da norma faz com que tanto os servidores, quanto o operador do direito e o próprio atuado tenham que se valer de estratégias como “onde se lê isso, entenda-se aquilo” ou então atentar para partes da norma que devem ser simplesmente ignoradas. Ainda há os casos em que se deve adotar interpretação subsidiada ao CPC, por falta de previsão específica.

Situações como essas, que denotam fragilidade normativa, terminam por contribuir para uma decisão administrativa não tão adequada, em outras palavras, sem o match entre o fato e a norma, o que se pode concluir que a decisão recursal padece de certa eficiência.

Outro fator que não necessariamente reflita a ausência de clareza, mas que traz a mesma consequência prática, é o excesso de artigos sobre procedimentos em normas que tratam de processo. Exemplo: é necessário e adequado que um Presidente da República assine um Decreto que diz pra onde vai cada via do auto de infração⁷³? ou então que estabeleça o horário do início da sessão de julgamento no órgão administrativo? Percebe-se que tais dispositivos tratam de procedimento, matérias de cunho operacional, que por sua vez merecem melhor destaque em atos inferiores, como instrução normativa ou portaria regimental, uma vez que não definem nenhum tipo de aspecto normativo ou processual.

⁷³ Art. 5º, do Decreto 4.942, de 2003.

2.1.3 Visões opostas quanto aos limites do saneamento do processo entre a autoridade atuadora e a relatoria na CRPC.

Considerando a natureza do procedimento desempenhado da CRPC e eventual lacuna normativa nos decretos que disciplinam o rito, é natural por vezes valer-se subsidiariamente da Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal, bem como de jurisprudências atinentes à matéria.

Pois bem. Para abordar a questão trazida neste tópico, optou-se por destacar duas situações rotineiras que denotam incongruências do processo sancionador relacionadas ao saneamento do processo:

2.1.3.1 Alega o autuado que o auto de infração foi lavrado sem data, conforme comprova a documentação acostada aos autos, o que inviabiliza a contagem dos prazos, sobretudo para fins de prescrição.⁷⁴

O recorrente acolhimento de “preliminar de erro in procedendo” na CRPC demonstra que as alegações em primeira instância não foram acatadas, o que revela pouco estreitamento de pensamento quanto aos limites do saneamento do processo. No entanto, o que se pode fazer é determinar a nulidade do ato com consequente restituição dos autos à primeira instância.

Ocorre que ao retornar o processo, órgão atuador refaz o ato, inclui em pauta da reunião subsequente da Diretoria Colegiada da Previc, que exara idêntico julgamento e, novamente, remete os autos à CRPC.

⁷⁴ Caso REFER - Fundação Rede Ferroviária de Seguridade Social (Processo SEI nº 44011.006476/2017-57)
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

2.1.3.2 Alega o autuado que o Relatório Preliminar da Auditoria Regional da Previc apontou que todos os investimentos realizados pelos Fundos da amostra foram previamente analisados pelas áreas técnicas da fundação, sendo que não foram identificadas fragilidades no controle do processo de acompanhamento.⁷⁵

Após a emissão de parecer de regularidade do investimento e, na sequência, denúncia de malversação dos recursos garantidores, em desacordo com as diretrizes do Conselho Monetário Nacional (CMN), a Previc autuou a Entidade com base no mesmo investimento que, outrora, havia declarado a conformidade.

Nas duas situações apresentadas, os processos são enviados à CRPC em que pese as alegações da parte de que os atos acostados ao processo não poderiam ter sido convalidados (ou no segundo caso, de que a administração deveria se vincular aos seus próprios fundamentos). No entanto, a interpretação entre a autoridade autuadora e membros da CRPC acerca dos limites saneadores do processo não possui senso comum a exemplo dos casos trazidos à baila, motivo pelo qual é possível identificar perda potencial de efetividade devido ao fluxo processual.

2.1.4 Tipo infracional coringa.

O Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003, que regulamenta o processo administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, prevê o seguinte tipo infracional:

⁷⁵ Caso FUNCEP - Fundação dos Economiários Federais (Processo SEI nº 44011.005776/2019-81)
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

Art. 110. **Violar quaisquer outros dispositivos** das Leis Complementares n.º 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares.

Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois anos até dez anos.

Costumava-se chamar esse tipo infracional de “norma em branco”, mas uma situação é a norma possuir um preceito incompleto, genérico ou indeterminado, que precisa se valer da complementação feita por outra norma. Essa é a situação em que se encontra a chamada “norma em branco”.

Outra situação bem diferente, e lembre-se que estamos tratando de processo sancionador com aplicação de multa de R\$ 10 mil, é o fato de a norma não dizer de qual infração se trata a conduta. Não é que haja um termo genérico na norma, cuja complementação está em outra norma, no caso do art. 110 o “termo” sequer existe e todo o dispositivo é, por si só, genérico.

O que se tem no artigo 110 do Decreto nº 4.942/2003 é uma espécie de taxatividade formal (porque é dispositivo do capítulo dos tipos infracionais) mas que, na verdade, permite taxar qualquer conduta. E mais, o art. 110 penaliza a violação de qualquer dispositivo das Leis Complementares 108 e 109, mas não existe nenhum dispositivo que preveja tipo infracional nas leis citadas, apenas de cunho normativo.

A ausência de eficiência num processo administrativo que, por ventura, venha capitulado no art. 110 em epígrafe, se revela na falta de clareza da conduta infracional. E será na Câmara Recursal que o autuado, devidamente representado por seu advogado, fará sua defesa oral, impugnando, em paralelismo ao direito penal, os tipos infracionais vagos, indeterminados e imprecisos. Muito embora a tese citada seja refutada no caso concreto.

2.1.5 Impossibilidade de o Autuado apresentar embargos de declaração da decisão da DICOL.

Se entre o resultado do julgamento e os seus fundamentos houver obscuridade, ambiguidade, contradição ou então se tiver sido omitido algum ponto sobre o qual a Diretoria Colegiada da Previc deveria se pronunciar, não haverá procedimento apto a esclarecer o fato obscuro, ambíguo ou contraditório, uma vez que os ordenamentos que tratam sobre o processo administrativo sancionador não preveem embargos de declaração da decisão de primeiro grau.

O imbróglio processual que essa omissão causa é custoso para ambas as partes, já que o autuado terá que se valer do recurso (que evidentemente não se presta a esclarecimentos) para, junto com a peça recursal, apresentar reconsideração de ato (que também não possui a finalidade esclarecedora, característica do embargo). Seria assim, portanto, o único meio de acessar a diretoria colegiada após a decisão de primeiro grau. A incongruência lógica ao negar acesso ao ED é fator que obsta a eficiência das análises na Câmara de Recurso, isso porque, sob o argumento de que o embargo de declaração só traz o "jus esperandi" para a administração, admite-se, portanto, a proliferação de recursos que poderiam ter seu conteúdo exaurido por mero despacho decisório que sanasse a obscuridade, ambiguidade, contradição ou omissão. Ao invés disso, todo um aparato recursal é movimentado, o processo é distribuído a um relator e por muitas vezes pautado, e nesse ponto a eficiência da eventual decisão da Câmara já se perdeu.

2.1.6 Ausência de *range* nas penalidades dos tipos infracionais do Decreto 4.942.

Retirando uma única exceção⁷⁶, ao analisarmos todos os demais artigos que tratam das infrações administrativas e suas respectivas penalidades, percebe-se que o legislador em 2003 não prestigiou a dosimetria da pena, uma vez que as multas são aplicadas em seus valores fixos determinados no tipo infracional.

Não há previsão de patamares mínimos e máximos de aplicação das multas que permita tanto à Previc, em decisão de primeira instância, quanto à CRPC, em sede recursal, a individualização da pena. Ou seja, dificilmente o processo sancionador conseguirá aplicar uma pena apurando-se efetivamente a medida da culpabilidade mediante análise fundamentada dos fatos. O que acontece na prática é o seguinte: tanto o analista, que proferiu voto numa sessão, quanto o AETQ - Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado, que assinou o relatório de investimento, recebem a mesma penalidade.

⁷⁶ O artigo 102, do Decreto 4.942 é o único que apresenta patamares mínimo e máximo de aplicação da penalidade de multa.

Art. 102. Exercer atividade própria das entidades fechadas de previdência complementar sem a autorização devida da Secretaria de Previdência Complementar, inclusive a comercialização de planos de benefícios, bem como a captação ou a administração de recursos de terceiros com o objetivo de direta ou indiretamente, adquirir ou conceder benefícios previdenciários sob qualquer forma.

Penalidade: **multa de R\$ 2.000,00 (dois mil reais) a R\$ 1.000.000,00 (um milhão de reais)** e inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

Seguem abaixo os dados das 2 principais capitulações nas autuações da Previc nos últimos 4 anos:

Art. 64, do Decreto 4.942/2003	Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional. Penalidade: multa de R\$ 20.000,00 (vinte mil reais) , podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois a dez anos.	49 autuações	80%
Art. 110, do Decreto 4.942/2003	Art. 110. Violar quaisquer outros dispositivos das Leis Complementares nos 108 e 109, de 2001, e dos atos normativos regulamentadores das referidas Leis Complementares. Penalidade: multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais) , podendo ser cumulada com suspensão pelo prazo de até cento e oitenta dias ou com inabilitação pelo prazo de dois anos até dez anos.	3 autuações	5%
		Total de autuações: 60	

Fonte: Previc/2022. Elaboração própria.

2.1.7 Ausência de qualificação técnica do administrador do fundo.

Muito embora a Lei Complementar 109/2001 tenha disciplinado que os membros do conselho deliberativo ou do conselho fiscal devem atender a requisitos mínimos de habilitação ⁷⁷, qualquer participante do fundo que se sentisse minimamente competente para administrar um fundo de pensão por possuir certa experiência na área financeira, por exemplo, poderia tomar posse no cargo.

⁷⁷ Art. 34, §3º, da LC 109/2003

Pode parecer óbvio, mas o argumento mais refutado na Câmara de Recursos é de que o AETQ - Administrador Estatutário Tecnicamente Qualificado, por ausência de conhecimento técnico, não estava convicto da decisão de investimento por ele comandada e que, culposamente, incorreu em erro ao avaliar de forma precipitada e negligente a operação financeira que, adiante, culminaria no prejuízo milionário à Entidade.

Diante dessa contumaz situação, foi necessário a edição de normativo interno com rebatimento do dispositivo legal, para reforçar ainda mais a necessidade de atendimento de requisitos mínimos para posse no cargo de membro da diretoria-executiva, do conselho fiscal e do conselho deliberativo. A matéria foi disciplinada pela Resolução CNPC nº 39, de 30 de maio de 2021⁷⁸ que dispõe sobre os processos de certificação, de habilitação e de qualificação no âmbito das entidades fechadas de previdência complementar.

A necessidade de normativo interno de 2021 para reforçar o que a Lei Complementar já previa desde 2001 quando de sua publicação, nos demonstra que, de fato, o assunto não é tão óbvio assim e as razões são simples: o Estado não possui braços suficientes para alcançar aquilo que a legislação o impõe a cumprir, já que o custo do direito de prevenir condutas irregulares e favorecer o bom funcionamento das entidades é altíssimo, por não dizer intangível. E além da questão de falta de efetivo de servidores para atuar nas diversas frentes, que, no caso em análise, no limite, deveria teoricamente fiscalizar todos os currículos, de todos os dirigentes, de todas as entidades fechadas, há ainda a questão orçamentária, recurso escasso e senão o maior limitador do alcance Estatal.

⁷⁸ Cf. <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/resolucao-cnpc-n-39-de-30-de-marco-de-2021-315795402#:~:text=Disp%C3%B5e%20sobre%20os%20processos%20de,entidades%20fechadas%20de%20previ d%C3%Aancia%20complementar>.

Não se trata de eximir a atuação estatal sob o manto da reserva do possível, nem levar a análise para a dicotomia entre essa e o mínimo existencial. Trata-se aqui de algo mais simples: a redução da subjetividade das leis, para adoção de melhores decisões pelo Estado. De fato, a LC 109/2001 já havia passado o recado no sentido de dizer o mínimo necessário para o gestor bem intencionado, por outro lado, passaram-se 20 anos até que a Resolução CNPC nº 39/2021, uma norma infralegal situada na base da pirâmide⁷⁹, baixasse o nível de subjetividade e de interpretações sobre o que seria por exemplo “comprovada experiência no exercício de atividades nas áreas financeira, administrativa, etc” (art. 35, §3º, I da LC109/2001).

2.1.8 Estatística das decisões da Previc que são reformadas em sede recursal

Como último fator a se avaliar possível aumento na eficiência do processo sancionador, optou-se por trazer para esse estudo os dados da Secretaria-Executiva da Câmara de Recursos de Previdência Complementar acerca do percentual de reversão das decisões, bem como os valores revertidos, no período de 2015 a 2020:

ANO	PERCENTUAL DE REVERSÃO	DE QUANTIDADE DE DECISÕES REVERTIDAS	DE VALOR REVERTIDO
2015	11,8%	4	R\$ 547.996,78
2016	58,3%	7	R\$ 688.226,32
2017	21,4%	6	R\$ 296.945,97
2018	38,9%	7	R\$ 365.037,61
2019	36,7%	18	R\$ 2.030.969,07
2020	28,6%	4	R\$ 320.905,23

Fonte: Secretaria-Executiva da CRPC. Elaboração Própria (2022)

⁷⁹ de Kelsen.

Por percentual de reversão, entende-se a taxa percentual de decisões, individualmente consideradas por autuado, que foram reformuladas em sede recursal naquele ano, e o valor revertido representa o valor de multa que o autuado teria que pagar caso a decisão de primeira instância não tivesse sido modificada.

Analisando-se o percentual de reversão no período indicado na tabela, verifica-se uma taxa geral de 32,6%. Em outras palavras, de todos os autos de infração que foram submetidos à Câmara de Recursos de Previdência Complementar, a terça parte tiveram suas decisões reformuladas, o que nos sugere um percentual considerável em que se demonstrou entendimentos divergentes entre Previc e CRPC.

Importante registrar que, ao se buscar eficiência nas decisões da CRPC, não significa dizer que o processo deve subir redondo do ponto de vista do órgão recursal para o rebatimento dos fundamentos apresentados pelo órgão *a quo* e manutenção nos estritos termos⁸⁰. Mas a diferença de posicionamentos, sobretudo quando estes são diametralmente opostos, deve ser mitigada, de maneira que o processo como um todo não se torne um cabo de guerra em que o autuado se encontre no meio questionando-se acerca de sua (in)segurança jurídica.

3. ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

A análise econômica do direito é uma abordagem juseconômica recente que une a aplicação de métodos econômicos, em especial da microeconomia, às mais diversas questões jurídicas.

⁸⁰ Dizer isso seria aplicar ao processo sancionador o recém-inaugurado capítulo XI-A da Lei 9784/99, que trata da decisão coordenada quando as decisões administrativas exigem a participação de 3 ou mais setores, órgãos ou entidades. Sabemos que há vedação expressa. (art. 49-A, §6º, inciso II, Lei 9784/99). Vide http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19784.htm

Nesse sentido, é plenamente possível a análise de um fenômeno sob, de um lado, a ótica legal, que disciplina e regula o comportamento humano pelo poder de polícia administrativa, e de outro lado, pela ótica econômica, área do conhecimento que também estuda o comportamento humano, no entanto, com foco na análise da tomada de decisões em um mundo de recursos escassos, incluindo-se aí os recursos monetários da administração pública.

Análise Econômica do Direito tem o objetivo, portanto, de estender o alcance do direito para o ponto de vista microeconômico, aperfeiçoando a aplicação das normas, objetivo este do presente artigo.

Para definir com mais respaldo a análise econômica do direito, apresento as considerações expostas por Ivo Teixeira Gico Jr., Doutor em economia pela Universidade de Brasília e Doutor em direito pela Universidade de São Paulo:

a ciência econômica, antes associada apenas àquela parte da atividade humana que chamamos normalmente de economia ou mercado, hoje investiga um amplo espectro de atividades humanas, muitas das quais também são estudadas por outras ciências sociais como a ciência política, a sociologia, a antropologia, a psicologia e, como não poderia deixar de ser, o direito. É essa interação entre direito e economia que se convencionou chamar de análise econômica do direito ou AED (GICO JÚNIOR, 2020. p. 37).

O tema também ganhou contribuição do Excelentíssimo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Fux, e de Bruno Bodart, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, autores do livro "Processo Civil e Análise Econômica", do qual se extrai o seguinte trecho:

A análise econômica do Direito vai além da mera interseção entre a Economia e o campo jurídico. Cuida-se, na realidade, da expansão do método científico, hoje amplamente adotado no estudo da Economia, para o desenvolvimento do pensamento jurídico, ainda fortemente influenciado pela dogmática e pelo método exegético (FUX; BODART, 2021, p. 2-3).

Conforme retratam os autores supramencionados, é justamente desse misto desorganizado de argumentos teóricos e sem preocupação metodológica que se originam as teses jurídicas. Estas que, por sua vez, servirão de base tanto para proliferação de ordenamentos infralegais (como no caso das diversas instruções normativas do poder executivo) quanto para decisões práticas com consequências econômicas reais nas vidas das pessoas.

Em outras palavras, um operado do direito que ignora a implicação matemática ao desenvolver sua tese jurídica, apresenta ao mundo um produto sem ter minimamente uma noção prática dos seus efeitos.

Pois bem. Se a análise econômica do direito busca compreender o comportamento humano na tomada de decisões do ponto de vista do bem-estar social nada mais conveniente do que comparar a efetividade da tomada de decisões administrativas que: i) na causa, investigam malversação de dinheiro de fundo de pensão, e ii) no conseqüente, aplicam multas milionárias aos autuados.

Mas antes de adentrarmos na análise a que se propõe esse artigo, importante delimitar qual produto final estamos perseguindo quando falamos em "eficiência de uma decisão administrativa".

Por eficiência entende-se a capacidade de produzir o melhor resultado possível considerando a escassez dos recursos, e daí a pertinência de analisarmos a eficiência das decisões da CRPC ao lado do custo desse direito.

No entanto, o cerne da questão sobre como as decisões da Câmara geraria maior bem-estar social não pode ser respondido com base no conceito de eficiência

produtiva, cujas métricas são a produtividade⁸¹ e a economicidade⁸². Em verdade, a questão objeto desta análise deve ser observada sob a ótica da eficiência alocativa.

A eficiência alocativa, nas palavras de Ivo Gico Jr, “discute a utilidade extraída do produto resultante do processo produtivo”. Portanto, haverá eficiência alocativa numa decisão administrativa sancionadora quando: i) além da decisão ter sido a melhor escolha para o caso em concreto, ii) houver uma preocupação com o retorno ou utilidade pública que será extraída pela população, aqui entendo pela segurança jurídica dos processos, a efetiva prestação do serviço público e o fortalecimento do seguimento de previdência complementar.

3.1 Análise econômica do direito sob a ótica prática

O conhecimento científico sem a prova da teoria sugerida se torna uma sequência de elocubrações. Portanto, colocar em prática a análise teórica, além de reforçar a própria evidência em si, serve para detalhar o processo metodológico, diga-se, o passo-a-passo utilizado para alcançar tais implicações.

Para compreendermos a análise econômica do direito sob uma ótica prática, podemos nos referenciar na teoria da escolha racional, que tem como base a tomada de decisão mais racional considerando-se determinado contexto.

Sendo assim, nesse tópico tentou-se realizar a seguinte tarefa: após definir os pilares que sustentam a teoria da escolha racional (parte teórica), tentaremos explicar o passo-a-passo, ou seja, o método da aplicação da referida teoria num exemplo prático que envolverá algum contexto inerente à CRPC.

Pois bem. Passemos à definição.

⁸¹ Produzir mais com a mesma quantidade de recursos

⁸² Produzir o mesmo com menos recursos

O primeiro pilar da teoria da escolha racional é a preferência. Todo agente, uma vez que tenha conhecimento das opções que lhe é oferecido, possui a capacidade de escolher com base nos seus interesses.

O segundo pilar é a completude, ou seja, todo agente é capaz de ordenar as suas preferências, estabelecendo assim as suas prioridades. Portanto, diante de 3 opções conhecidas pelo agente, será possível elencá-las de forma a estabelecer uma relação de hierarquia ou prioridade entre elas.

O terceiro pilar é a transitividade, que se refere ao encadeamento lógico da tomada de decisão. Ou seja, uma vez que lhe é apresentado um cenário, o agente analisa as opções conforme seus interesses (1º pilar), ordenar as opções conforme suas preferências (2º pilar) e, a partir daí, espera-se que o agente se vincule aos seus próprios argumentos e mantenha a relação lógica entre suas decisões, para que não haja hiato de expectativas⁸³.

Pois bem. Trazendo os pilares da Teoria da Escolha Racional para dentro da CRPC, numa situação em que, por exemplo, a autoridade fiscalizadora, em sua atividade de rotina tenha elencado, com base nos interesses da administração, o cronograma de fiscalização e tenha emitido parecer de regularidade em determinado investimento (situação apresentada no item 2.1.3.2). Uma vez identificado prejuízo no fundo ocasionado pelo referido investimento outrora cancelado, e sem ter havido nenhum fato novo entre a data da emissão do parecer de regularidade e o prejuízo financeiro, a lavratura de auto de infração com base em investimento uma vez tido como regular afrontaria a Teoria da Escolha Racional, eis que geraria a consequente frustração da expectativa.

⁸³ Expressão tomada emprestada de Ivo Gico Júnior.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

3.2 O custo do direito à seguridade

As decisões administrativas que visam melhor proteger os direitos dos participantes de plano de previdência complementar só acontecem porque existe toda uma estrutura, tanto lógica quanto física.

Analisando a CRPC como uma prestação de serviços e, se considerarmos os custos desta prestação, poderíamos até cogitar no retorno do investimento com máquinas e equipamentos utilizados nas sessões da CRPC como uma espécie de formação bruta de capital fixo⁸⁴ ou então que a aceitação do título de conselheiro é um encargo *pro bono*, exercido voluntariamente e que, portanto, não haveria custos na ocupação do cargo.

No entanto, ao conciliar os conceitos de eficiência alocativa na análise econômica da prestação desse serviço à sociedade, verifica-se que a análise do custo do direito à seguridade complementar não se restringe à verificação da eficiência na análise de um processo em si, mas no ganho social que o exercício desse direito trouxe para o seguimento de previdência complementar.

Em outras palavras, a adoção de um procedimento sinérgico e preocupado com a eficiência alocativa em seus resultados tenderia à diminuição da quantidade de demandas submetidas ao órgão recursal. E no limite, projetando-se o cenário ideal, teríamos a atividade fiscalizadora exercendo seu viés educativo, preditivo e com maior adoção de medidas correccionais de admoestação, como a advertência, a não lavratura de auto mediante correção de ato ou a celebração de TAC's, por exemplo.

Alcançar o paradigma quase utópico da eficiência alocativa na seguridade social é um esforço de todos os países do globo. A título de exemplo, segue abaixo

⁸⁴ FBKF - a formação bruta de capital fixo mede o aumento de bens de capital e divide-se em quatro grupos: construção, máquinas e equipamentos, propriedade intelectual e outros.

Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.10, n.10, jan./jun., 2021.

uma tabela do Orçamento dos Estados Unidos de 1996, retirada do livro "O custo dos direitos", de Stephen Holmes. A tabela fornece algumas informações sobre a quantia gasta com várias atividades e instituições no Estado Americano.

Em que pese não permitir que se especifique o custo dos direitos sob a ótica alocativa, é possível ter noção de quanto os americanos gastavam à época para exercer diversas atividades bem como para proteger os respectivos direitos.

ATIVIDADE OU INSTITUIÇÃO	DÓLARES (EM MILHÕES)
1. Funcionamento do sistema judiciário	
Tribunal Recursal dos Estados Unidos	303
Tribunal Tributário dos Estados Unidos	33
Tribunais Distritais	1.183
Comissão de Sentenciamento dos Estados Unidos	9
Suprema Corte dos Estados Unidos	26
Atividades jurídicas do Ministério da Justiça	537
Corporação de Serviços Jurídicos	278
Programa de redução de crimes violentos	30
Despesas com presidiários federais	351
Tribunal Recursal dos Veteranos	9
Sistema prisional federal	2.465
2. Monitoramento do governo	
Secretaria de Ética do Governo	8
Contadoria Geral	362
Comissão Eleitoral Federal	26
3. Facilitação dos arranjos de mercado	
Comissão de Valores Mobiliários	103
Comissão Federal de Comércio	35
Inspeção de plantas e animais	516
Segurança e inspeção alimentar	545
Comissão de Segurança dos Bens de Consumo	41
4. Proteção dos direitos de propriedade	
Proteção de patentes e marcas registradas	82
Socorro e seguro contra calamidades	1.160
Gestão federal de emergências	3.614
Empréstimos após calamidades comunitárias	112
Gestão e proteção de florestas	1.283
Atividades imobiliárias	68
Fundo para a América rural (apoio à agricultura)	100
Gestão de registros ligados à propriedade	203

5. Defesa nacional	
Salários e ajudas de custo dos oficiais do Exército	5.808
Salário e ajudas de custo do pessoal alistado	12.457
Salário e ajudas de custo dos cadetes	35
Benefícios e serviços dos veteranos	3.830
Subsistência do pessoal alistado	769
Total de obrigações militares do Ministério da Defesa	20.497
6. Educação	
Gastos educacionais, p. ex. educação estadual e municipal	530
Educação básica, secundária e vocacional	1.369
Comissão de Iguais Oportunidades de Emprego	233
7. Distribuição de renda	
Administração do programa de vale-alimentação	108
Assistência alimentar e nutricional	4.200
Administração da Seguridade Social	6.148
8. Proteção ambiental	
Agência de Proteção Ambiental	41
Lei do Ar Limpo	217
Resíduos tóxicos	159
Pesticidas	64
Conservação de recursos naturais	644
Qualidade da água	244
9. Outros	
Impressão de publicações do governo	84
Serviço postal	85
Administração dos Arquivos e Registros Nacionais	224
Conselho Nacional de Relações de Trabalho	170
Comissão de Revisão de Segurança e Saúde	8
Secretaria do Censo	144

Fonte: Stephen Holmes (2019).

Percebe-se que, depois da defesa nacional, não há gasto maior para o Estado Americano do que oferecer o direito à seguridade social.

No ranking do terceiro maior custo do Estado, só perdendo para gastos relacionados à folha de pagamento dos militares, tais dados do sistema previdenciário americano nos revelam duas questões importantes: a relevância da seguridade para o Estado e o custo na manutenção desse direito.

4. AED APLICADA À CRPC: POSSÍVEIS IMPLICAÇÕES PRÁTICAS NA UTILIZAÇÃO DA ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO

Identificar as possíveis alternativas normativas aptas a aumentar eficiência do processo, com foco numa análise de custo-benefício é o que se pode esperar na análise econômica do direito aplicada, por exemplo, às situações elencadas no capítulo 2 deste artigo.

Considerando que já se sabe o objetivo da CRPC, bem como o teor de seus normativos reguladores, a AED positiva se prestará a auxiliar no método, no processo, ou seja, como poderia ser alcançado esse resultado ideal.

Pois bem. Para melhor compreensão de como as possíveis soluções se relacionariam com as incongruências apontadas no processo, optou-se por dividir este tópico em dois subgrupos.

4.1 Alteração do Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003.

Em que pese a proposta de alteração do Decreto que regulamenta o processo administrativo da CRPC não ser tarefa simples, eis que demanda o cumprimento de rito interno para aprovação ministerial de nova minuta, análises de diversos setores da PGFN, SAJ e, sobretudo, aprovação Presidencial do texto proposto, ainda assim, tal medida poderia otimizar a eficiência das decisões proferidas no âmbito da CRPC, salvo melhor juízo, se assim dispuser:

- i) Inclusão de *rang* nas penalidades, para a melhor individualização da pena;
- ii) Ajustes formais, relativos a alterações nas nomenclaturas, para se adequar aos termos atualmente empregados e reduzir as lacunas normativas;

- iii) Inclusão da preclusão administrativa, para impor certos limites ao saneamento processual por parte da administração pública, atentando-se para matérias de ordem pública e das convalidações de atos estritamente formais ou cuja competência não seja exclusiva;
- iv) Prever Embargos de Declaração da decisão da Diretoria Colegiada da Previc, de forma a evitar movimentar a aparato administrativo para análise de recursos pautados na obscuridade da decisão de 1º grau.
- v) Revogação do art. 110 do Decreto 4.942/03, por não apresentar a indicação precisa da conduta infracional que se pretende coibir;
- vi) Rever os tipos infracionais previstos na norma para melhor refletir a conduta praticada pelo infrator, uma vez que quase todas as infrações são capituladas em um único tipo infracional (art. 64 - Aplicar os recursos garantidores das reservas técnicas, provisões e fundos dos planos de benefícios em desacordo com as diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional.)
- vii) Excluir dispositivos procedimentais e delegar que essa temática será disciplinada por intermédio de instrução normativa a ser editada pela Previc, por se tratar de matéria de cunho operacional que não definem aspectos normativos ou processuais, os quais serão melhor definidos e acompanhados pelo órgão responsável pela supervisão e fiscalização do segmento;

4.2 Restrição à composição do colegiado

Conforme regimento interno, a CRPC é integrada por quatro servidores titulares de cargos de provimento efetivo, com exercício no atual Ministério do Trabalho e Emprego, incluindo-se suas autarquias (Previc e Instituto Nacional do Seguro Social - INSS), por um representante das entidades fechadas de previdência complementar, um representante dos patrocinadores e instituidores de planos de benefícios das entidades fechadas de previdência complementar e um representante dos participantes e assistidos de planos de benefícios dessas entidades fechadas de previdência complementar.

Além disso, importante mencionar que, nos termos do RI da CRPC, o Presidente, além de votar, possui o privilégio do desempate.

Sendo assim, com o intuito de reduzir o efeito de generalização das decisões, bem como as diversas ocasiões de declaração de impedimento de conselheiro que já havia se manifestado no processo em instância inferior, sugere-se a vedação à indicação dos auditores da Previc na composição da CRPC.

Salvo melhor juízo, nesta fase do processo administrativo, a participação dos auditores da Previc seria mais eficiente e ilesa de questionamentos quanto à orientação corporativista, caso atuassem numa espécie de "amicus curiae", ficando à disposição do conselho para esclarecer eventuais procedimentos adotados no curso do processo.

Considerações finais

Sendo a previdência complementar de origem privada (contratual e facultativa), é importante fazer expressa menção à autonomia da vontade que deve prevalecer na relação disposta entre as partes integrantes do contrato, sejam eles participantes, assistidos, patrocinadores ou a própria entidade responsável pela administração e execução dos planos.

Nesta esteira, importa mencionar que a administração desse tipo de recurso deve receber grau dobrado de cautela, primeiro porque se trata de valores previdenciários, além disso, a administração de recurso financeiro de terceiro deve seguir rigorosa análise de risco e cumprimento das determinações do Conselho Monetário Nacional, sem mencionar as Resoluções do CNPC.

Sendo assim, buscou-se trazer neste artigo uma abordagem sobre a análise econômica do direito à seguridade e o custo de mantê-la, com foco no processo

administrativo para apuração de responsabilidade por infração à legislação no âmbito do regime da previdência complementar, operado pelas entidades fechadas de previdência complementar, de que trata o art. 66 da Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001.

Nesse sentido, algumas incongruências foram identificadas no processo sancionador como possíveis pontos que estariam estagnando o potencial produtivo das decisões na CRPC.

E, portanto, como proposta deste artigo, foram destacadas sugestões que se vislumbram, a partir da AED, aptas a aumentar a eficiência do processo sancionador, com foco numa análise de custo-benefício alocativo.

Referências

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm

_____. Lei Complementar nº 109, de 29 de maio de 2001. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/lcp109.htm

_____. Decreto nº 4.942, de 30 de dezembro de 2003. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/2003/d4942.htm

_____. Decreto nº 7.123, de 3 de março de 2010. Disponível em

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2010/decreto/d7123.htm

_____. Regimento Interno da Câmara de Recurso em Previdência Complementar, anexo da Portaria MPS nº 282, de 31 de maio de 2011. Disponível em

<https://www.gov.br/trabalho-e-previdencia/pt-br/aceso-a-informacao/participacao-social/conselhos-e-orgaos-colegiados/camara-de-recursos-da-previdencia-complementar-2013-crpc/arquivos/regimento-interno-crpc-2021-atualizado-e-compilado-1.pdf>

GICO JÚNIOR, Ivo Teixeira. **Análise Econômica do Processo Civil**. Indaiatuba/SP: Foco, 2020.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **O custo dos direitos**. São Paulo: Martins Fontes, 2019.

CONCESSÃO E REVISÃO PELO INSS DE APOSENTADORIAS POR INVALIDEZ À PESSOAS COM HIV/AIDS: A AVALIAÇÃO BIOPSISSOCIAL COMPLEMENTAR À PERÍCIA MÉDICA COMO MECANISMO DE APROXIMAÇÃO AO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

Jean Rodrigues Oliveira

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; especialista em Ciências Jurídicas pela Universidade Cruzeiro do Sul (UNICSUL); especialista em Direito Internacional dos Conflitos Armados pela Universidade de Brasília (UnB); coronel da Reserva da PMDF.

Márcio Evangelista Ferreira da Silva

Doutor em Direito e Políticas Públicas pela Universidade Centro de Ensino Unificado de Brasília (UniCEUB); juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e Territórios; professor do Curso de Direito do Centro Universitário IESB.

Resumo

O presente artigo visa analisar a concessão, manutenção e revisão dos benefícios previdenciários concedidos pelo Instituto Nacional do Seguro Social, no âmbito do regime geral de previdência social, às pessoas com HIV/AIDS, sob o prisma do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Objetiva-se colocar em evidência que o Estado não tem agido na defesa desses direitos, muito ao contrário, agiu para retirar aqueles já conquistados desde muito pelos soropositivos. E ainda, demonstrar a necessidade urgente de aprimoramento dos métodos administrativos de aferição desses direitos previdenciários. A mera avaliação clínica dentro dos processos administrativos afetos ao tema se mostra ferramenta absolutamente incapaz de satisfazer, de forma justa, os ditames de garantias constitucionais dessa população em vista de suas especificidades.

Palavras-chave: Pessoas com HIV/AIDS; Direito social previdenciário; Princípio da Dignidade da Pessoa Humana; Aposentadoria por Invalidez de soropositivos; Auxílio-doença de soropositivos; Concessão pelo INSS.

Abstract

This article aims to analyze the granting, maintenance and review of social security benefits granted by the National Social Security Institute, under the general social security system, to people with HIV/AIDS, under the prism of the constitutional principle of human dignity. The objective is to highlight that the State has not acted in defense of these rights, on the contrary, it has acted to remove those already conquered for a long time by the seropositive. And yet, demonstrate the urgent need to improve the administrative methods of gauging these social security rights. The mere clinical evaluation within the administrative processes related to the subject proves to be a tool incapable of satisfying, in a fair way, the dictates of constitutional guarantees of this population in view of their specificities.

Keywords : People with HIV/AIDS; Social security law; Principle of Human Dignity; Retirement for Invalidity of HIV-Positive Persons; Illness benefit for HIV-positive people; Concession by the INSS.

1. Introdução

A Síndrome da Imunodeficiência Adquirida, AIDS do termo em inglês, provocada pela contração do vírus HIV foi fator de imensa preocupação desde que surgiu com mais força no início dos anos 1980, uma vez que era e é ainda incurável. Altamente estigmatizada em função da forma como inicialmente foi propagada, entre homossexuais, hemofílicos etc. a doença e seus portadores sofrem os efeitos físicos e sociais de a terem contraído.

Um desses efeitos diz respeito à perda dos benefícios previdenciários do INSS adquiridos no passado. A melhora clínica no controle da doença, ao mesmo que alivia e conforta a pessoa com HIV/AIDS pode puni-lo com a perda de seu direito previdenciário. Um contrassenso diante dos avanços da constituição federal.

É necessário aperfeiçoar os métodos administrativos do INSS para avaliação, concessão, manutenção ou mesmo cancelamento de benefícios de pessoas com HIV/AIDS. Eles precisam ser revisados e adaptados para seu enquadramento dentro dos ditames constitucionais de proteção à dignidade.

2. HIV/AIDS, história e estigma

O Vírus da Imunodeficiência Humana surgiu muito provavelmente há mais de 100 anos na República Democrática do Congo, na África. Ao que tudo indica estudos publicados em 2014 por pesquisadores da Universidade inglesa de Oxford e da Universidade Católica da Louvain na Bélgica, sua origem é uma mutação de um vírus semelhante presente numa espécie de chimpanzé. O provável primeiro caso verificado

foi descoberto por pesquisadores da Universidade de Londres em uma amostra de sangue de um marinheiro coletada no ano de 1959 e congelada.

Em 1960 o Congo se torna independente da Bélgica e a difícil situação pelo qual o país passou nos anos seguintes levam as Nações Unidas a organizar missões em que o Haiti participa de modo bastante ativo, isso em função de possuir a mesma língua, o francês, e população de pele negra como os congolese. Tudo leva a crer que os haitianos contraíram o HIV no Congo e o levaram de volta para seu país. Em comum, além da língua e da cor da pele, os dois países possuem a pobreza e vários problemas de saúde pública, entre eles a alta disseminação do HIV.

Três fatores parecem ter contribuído de forma decisiva para a doença chegar à América. Um deles foi a exportação de sangue e plasma contaminados, que possivelmente envolviam organizações criminosas ligadas ao próprio governo e que eram distribuídos a hemofílicos em solo norte americano, outro foi a prostituição no Caribe, com gays americanos viajando até a região em busca de sexo barato, e finalmente, uma onda de imigração de haitianos para os Estados Unidos ao longo da década de 1970 (JARDIM, 2019).

Em 1981 os casos começaram a ser descobertos em várias cidades com maior incidência em Nova York e dali, para o restante dos Estados Unidos e para muitos outros países. Logo a doença foi associada ao comportamento sexual de gays sem que se soubesse ainda que outros meios de contágio havia. Ante a organização de ativistas homossexuais em defesa do uso de preservativos, recém identificados como proteção contra a doença, bem como outras exigências fundamentais para desmistificar a doença e evitar o preconceito, conservadores em defesa da família e dos bons costumes se sentiram imensamente ofendidos.

Importante fator a ser considerado, o estigma que envolve a doença foi difundido e enraizado na sociedade. Em razão das circunstâncias iniciais dos seus

doentes e cujos casos eram proeminentes entre Homossexuais masculinos, usuários de Heroína, Hemofílicos e Haitianos a AIDS foi rotulada como a “doença dos quatro h”, ou ainda, cinco, se incluirmos as Hookers, prostitutas em inglês.

Da mesma forma que a Peste por várias vezes foi caracterizada como um *castigo divino* em função de algum pecado coletivo cometido por dada comunidade em determinadas condições, a AIDS foi logo rotulada da mesma forma como um castigo. Como nos recorda Eduardo Jardim em seu livro *A doença e o Tempo*:

A epidemia chegou logo depois das grandes manifestações políticas e das mudanças nos costumes das décadas de 1960 e 1970. A primeira geração nascida depois da guerra chegara à idade adulta. Ela desconfiava dos valores de seus pais e queria, de fato, mudar o mundo. O entusiasmo político ou felicidade pública, como chamou a filósofa Hannah Arendt, tomou conta das ruas de Paris em maio de 1968, de Praga, na primavera do mesmo ano, de Washington, com os grandes protestos contra a guerra do Vietnã, e do Rio de Janeiro, nas passeatas contra a ditadura (JARDIM, 2019, p. 37).

Foi um tempo de busca por mudança de costumes e por liberdade plena. A descoberta da pílula anticoncepcional, os grandes festivais de música como Woodstock em uma fazenda do interior de Nova York, a difusão do lema Paz e Amor, a liberdade sexual e o uso de drogas de forma recreativa. Tudo fazia parte de um movimento de contracultura que se espalhou.

Na contramão dessa tendência, um movimento tradicionalista se opôs de forma virulenta à onda libertária. Ronald Regan foi eleito nos EUA e Margareth Thatcher ocupava a cadeira de Primeira-Ministra na Inglaterra, ambos de inclinação política de cunho tradicional nos costumes. A doença foi um alvo fácil para os conservadores e se tornou altamente rotulada. Mesmo depois de tantos anos, o Estigma em torno do HIV e da AIDS permanece vivo no imaginário popular.

3. Declaração dos direitos das Pessoas com HIV/AIDS

Somente em maio de 1988 a Organização Mundial da Saúde (OMS) veio a se pronunciar acerca dos direitos das pessoas com HIV por meio da Resolução 41.24:

A quadragésima primeira Assembleia Mundial de Saúde está fortemente convencida de que o respeito pelos Direitos Humanos e dignidade dos portadores do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais, é vital para o sucesso dos programas nacionais de prevenção e controle da SIDA e para estratégias globais dos Estados-membros, particularmente na ampliação dos programas nacionais para fora de suas fronteiras, sempre visando à prevenção e ao controle da infecção pelo VIH e à proteção dos Direitos Humanos e à dignidade do portador do VIH e pessoas com SIDA, bem como membros de grupos populacionais e, para evitar ações discriminatórias e estigmatizações dessas pessoas no momento de se empregar, viajar, e garantir a confidencialidade do teste para detecção do VIH (RESOLUÇÃO 41.24, OMS, 1988).

Em outubro de 1988 é promulgada a Constituição Federal brasileira. Incorporando o espírito assecuratório de direitos advindos do pós-guerra, a Carta Magna trouxe em seu bojo inúmeros artigos de defesa dos direitos fundamentais e sociais e abriu espaço para o surgimento de legislações específicas de mais amparo na saúde e nos demais direitos individuais e coletivos.

Já em 1989, no Encontro Nacional de ONGs que trabalham com AIDS (ENONG) ocorrido em Porto Alegre, membros de diversos seguimentos da sociedade, profissionais da saúde com o apoio do Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis do Ministério da Saúde aprovaram a Declaração dos Direitos Fundamentais da Pessoa Portadora do Vírus da Aids:

- I - Todas as pessoas têm direito à informação clara, exata, sobre a aids.
- II – Os portadores do vírus têm direito a informações específicas sobre sua condição.
- III - Todo portador do vírus da aids tem direito à assistência e ao tratamento, dados sem qualquer restrição, garantindo sua melhor qualidade de vida.
- IV - Nenhum portador do vírus será submetido a isolamento, quarentena ou qualquer tipo de discriminação.

V - Ninguém tem o direito de restringir a liberdade ou os direitos das pessoas pelo único motivo de serem portadoras do HIV/aids, qualquer que seja sua raça, nacionalidade, religião, sexo ou orientação sexual.

VI - Todo portador do vírus da aids tem direito à participação em todos os aspectos da vida social. Toda ação que visar a recusar aos portadores do HIV/aids um emprego, um alojamento, uma assistência ou a privá-los disso, ou que tenda a restringi-los à participação em atividades coletivas, escolares e militares, deve ser considerada discriminatória e ser punida por lei.

VII - Todas as pessoas têm direito de receber sangue e hemoderivados, órgãos ou tecidos que tenham sido rigorosamente testados para o HIV.

VIII - Ninguém poderá fazer referência à doença de alguém, passada ou futura, ou ao resultado de seus testes para o HIV/aids, sem o consentimento da pessoa envolvida. A privacidade do portador do vírus deverá ser assegurada por todos os serviços médicos e assistenciais.

IX - Ninguém será submetido aos testes de HIV/aids compulsoriamente, em caso algum. Os testes de aids deverão ser usados exclusivamente para fins diagnósticos, controle de transfusões e transplantes, estudos epidemiológicos e nunca qualquer tipo de controle de pessoas ou populações. Em todos os casos de testes, os interessados deverão ser informados. Os resultados deverão ser transmitidos por um profissional competente.

X - Todo portador do vírus tem direito a comunicar apenas às pessoas que deseja seu estado de saúde e o resultado dos seus testes.

XI - Toda pessoa com HIV/aids tem direito à continuação de sua vida civil, profissional, sexual e afetiva. Nenhuma ação poderá restringir seus direitos completos à cidadania.

A Declaração foi importante na medida em que estabeleceu um marco para a conquista e efetivação de legislações favoráveis às pessoas com HIV/AIDS.

4. Legislações protetivas

O Brasil possui diversas leis protetivas de amparo às Pessoas com HIV/AIDS que em geral, possuem seu fundamento inicial na Constituição Federal de 1988, seja por iniciativa própria ou por incorporação de acordos internacionais.

O primeiro e talvez mais significativo deles, a Dignidade da Pessoa Humana, um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, da CF); os objetivos fundamentais I e IV contidos no art. 3º; a construção de uma sociedade justa e solidária

e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação; o direito social à saúde e à previdência social (art. 6º, da CF); os objetivos do bem-estar e justiça sociais como base da ordem social (art. 193, da CF); a garantia de cobertura dos eventos de doença, invalidez e idade avançada (art. 201 da CF).

Nesse sentido, ao longo do tempo legislações infraconstitucionais foram aperfeiçoando e dando condições para a busca pela efetivação desses direitos. A isenção da cobrança de imposto de renda e o ressarcimento de valores retroativos a 5 anos a partir da comprovação da infecção, prevista no artigo 6º, inciso XIV, da Lei nº 7.713/88.

Os diversos benefícios constantes na Lei 7.670/88, destinados ao setor público, como a licença para tratamento de saúde, a aposentadoria, a reforma militar e a pensão militar, além de outros extensivos a todos como o auxílio-doença, a aposentadoria por invalidez e o levantamento dos valores correspondentes ao Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS, independentemente de rescisão do contrato individual de trabalho ou de qualquer outro tipo de pecúlio a que o paciente tenha direito.

A Portaria nº 1.246/2010 do Ministério do Trabalho e Emprego, hoje Secretaria do Trabalho, que estabelece em seu art. 2º: "Não será permitida, de forma direta ou indireta, nos exames médicos por ocasião da admissão, mudança de função, avaliação periódica, retorno, demissão ou outros ligados à relação de emprego, a testagem do trabalhador quanto ao HIV".

A Sumula 443 do TST também foi uma conquista das pessoas com HIV/AIDS. Seu texto nos diz: "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 Lei nº 14.289/2022, que obriga o sigilo sobre a condição de pessoas infectadas pelo vírus HIV e hepatites crônicas é outra medida de extrema importância. O sigilo é obrigatório no âmbito dos serviços de saúde, estabelecimentos de ensino, locais de trabalho, administração pública, segurança pública, processos judiciais e mídias escrita e audiovisual.

A Lei antidiscriminação do ano de 2014, publicada a Lei nº 12.984 e que define o crime de discriminação aos portadores do vírus da imunodeficiência humana (HIV) e doentes de AIDS.

O Benefício de Prestação Continuada (BPC/LOAS), oriundo do sistema de Seguridade Social e que consiste na garantia de um salário-mínimo de benefício mensal à pessoa incapacitada para a vida independente e para o trabalho, bem como ao idoso com 65 anos ou mais, que comprove não possuir meios de prover a própria manutenção e nem a ter provida por sua família. Esse benefício independe de contribuições para a Previdência Social. Ressalte-se também os benefícios previdenciários, como a Incapacidade Temporária, antigo Auxílio-doença, e a Aposentadoria por Incapacidade Permanente, antes chamada Aposentadoria por Invalidez.

É certo que toda legislação positivada é instrumento de efetivação de direitos, entretanto é fundamental que se tenha em mente que nem sempre é suficiente para garantir os direitos da pessoa com HIV/AIDS, como se verá mais adiante.

5. Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

Elevada à condição de Princípio Fundamental na Constituição de 1988, a dignidade é uma qualidade própria, intrínseca à condição existencial do ser humano e que o faz, na medida em que ele é considerado igual aos seus semelhantes, digno do

respeito mútuo na sociedade em que vive, e por consequência, do respeito e da consideração do Estado.

Conforme nos ensina o Professor Ingo Wolfgang Sarlet, essa condição implica um complexo de direitos e deveres que assegurem proteção contra todo tipo de ato degradante e desumano, e ainda, as condições mínimas existenciais que lhe permitam viver minimamente de forma digna e participando das decisões do seu destino e de seus semelhantes.

A dignidade reserva em si algo que se faz individual e ao mesmo tempo universal. Daí, que ao se firmar o direito de um só se preserva o direito de todos e da mesma forma, ao atacar ou diminuir o direito de um esvazia-se o direito de toda uma coletividade. Esse conceito de respeito individual é importante para assegurar o direito de todos, especialmente quando do uso de argumentos que enquadrem as pessoas em números estatísticos.

E deve ser vista não somente como atributo do ser humano na sua condição inata, como se ele existisse sem fazer parte de um tempo e um lugar, mas também como um conceito cultural evolutivo. A dignidade de hoje é e deve ser vista como uma conquista humana e social. Impõe-se destacar isso para que não haja retrocesso em momentos históricos de descompasso moral e ético.

Não se trata de desrespeito ao pensamento cultural adverso, entretanto existe uma linha limítrofe onde o indivíduo passa a ser visto apenas como objeto, um número, sem as circunstâncias pessoais com as quais deva ser avaliada ou ter sua situação jurídica notada, como bem salientou Hanna Arendt em toda sua obra.

Não obstante seu caráter abrangente, é necessário que ela possa ser reconhecida como instrumento real de justiça mesmo diante do direito positivado adverso. Importante que não seja banalizada, mas que esteja claro que seu uso é possível e crível diante de todos, especialmente diante das abusividades do Estado ou

mesmo daqueles que, por força de poder econômico detêm a capacidade de interferência junto aos governos.

E qual seria então esse limiar de necessária inflexão para se fazer uso do princípio? Não é possível ao certo definir plenamente e talvez nunca o será, vez que essa percepção, muitas vezes, se dará tão somente diante do caso em concreto, mas a resposta mais básica nos aponta uma condição mínima, jamais pode haver desumanização do ser.

Para as circunstâncias envolvendo as decisões de concessão de benefícios do INSS é imperioso tal entendimento. Especialmente quando se trata de pessoas soropositivas, cuja condição envolve os dois aspectos aqui estabelecidos, a dimensão clínica e as circunstâncias sócio/culturais, estigmatizantes, que também a envolve nos seus relacionamentos afetivos, familiares, sociais.

Em se tratando das pessoas com HIV/AIDS, infelizmente o Estado, por meio do INSS, visando apenas aspectos econômicos, acaba por errar duplamente. Primeiro ao dificultar a concessão de benefícios e depois, e mais grave, ao agir de forma deliberada e proposital para cessar o pagamento de benefícios, como se verá adiante.

6. HIV/AIDS e a concessão de benefícios pela Previdência Social

A Previdência Social juntamente com a Saúde e a Assistência Social constituem o sistema de Seguridade Social brasileiro. Assim dispõe o texto da Constituição Federal em seu art. 194, "A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social." (BRASIL, Constituição, 1988).

Diferentemente dos outros dois pilares da Seguridade, a Previdência tem caráter contributivo e compulsório e abarca todos os regimes existentes no país. Para

efeito do presente artigo, trataremos apenas do Regime Geral da Previdência Social, onde se enquadram a maioria dos brasileiros segurados.

Às pessoas com HIV/AIDS é assegurado os benefícios da previdência social, independentemente do período de carência, para aqueles que depois de sua filiação ao sistema vier a manifestá-la. Dentre esses benefícios estão o Auxílio Incapacidade Temporária, o antigo nome e bem mais utilizado Auxílio-doença, e a Aposentadoria por Incapacidade Permanente, anteriormente denominado Aposentadoria por Invalidez.

O Auxílio-doença é concedido a todo segurado que não possa trabalhar em razão de doença ou acidente. Para receber o benefício, o cidadão submete seu pedido municiado de documentos que provem sua condição ao Instituto Nacional do Seguro Social (INSS), órgão responsável por administrar o sistema.

Para perceber os valores a quem tem direito são observadas algumas condições necessárias como tempo mínimo de contribuição e a própria condição de segurado, que especifica se ele está em dia com os pagamentos, ou que esteja em “período de graça” (intervalo de tempo em que mesmo sem pagamento ele ainda é segurado), e depois aguarda-se para que sua condição física seja analisada por um perito médico.

Tanto para o Auxílio-doença quanto para a Aposentadoria por Invalidez, não será exigido, da pessoa que vive com HIV/AIDS, o prazo mínimo de contribuições necessárias para a concretização do seu direito.

Restará à pessoa com HIV/AIDS apresentar-se ao perito médico da Autarquia para que esse convalide a situação que já foi atestada, em sua grande maioria dos casos, por outro médico externo ao órgão.

7. Da incapacidade laborativa temporária ou permanente

Para a Organização Mundial da Saúde a incapacidade é qualquer redução ou falta da capacidade para realizar uma atividade de uma maneira que seja considerada normal para o ser humano. O conceito remonta a um sentido de coisas que as pessoas não conseguem fazer. Observa-se que se trata de um conceito bem abrangente, não voltado especificamente para atividades laborativas.

Para o INSS, o conceito de incapacidade pode ser retirado do Manual do Perito Médico da Previdência Social, vejamos:

Incapacidade laborativa é a impossibilidade de desempenho das funções específicas de uma atividade ou ocupação, em consequência de alterações morfofisiológicas provocadas por doença ou acidente... O conceito de incapacidade deve ser analisado quanto ao grau, à duração e à profissão desempenhada. Quanto ao grau a incapacidade laborativa pode ser parcial ou total: a) será considerado como parcial o grau de incapacidade que ainda permita o desempenho de atividade, sem risco de vida ou agravamento maior e que seja compatível com a percepção de salário aproximado daquele que o interessado auferia antes da doença ou acidente; b) será considerada como total a incapacidade que gera a impossibilidade de permanecer no trabalho, não permitindo atingir a média de rendimento alcançada, em condições normais, pelos trabalhadores da categoria do examinado. Quanto à duração a incapacidade laborativa pode ser temporária ou de duração indefinida a) considera-se temporária a incapacidade para a qual se pode esperar recuperação dentro de prazo previsível; b) a incapacidade indefinida é aquela insuscetível de alteração em prazo previsível com os recursos da terapêutica e reabilitação disponíveis à época. A invalidez pode ser conceituada como a incapacidade laborativa total, indefinida e multiprofissional, insuscetível de recuperação ou reabilitação profissional, que corresponde à incapacidade geral de ganho, em consequência de doença ou acidente.

Note-se que os conceitos adotados pelo INSS parecem ser razoáveis, mas olhando de forma mais detida, fica claro que o conceito incapacidade está vinculado ao termo impossibilidade, que por sua vez é visto sob a ótica do conjunto de

trabalhadores da categoria a que pertence o examinado. Um tanto quanto impessoal, vez que o ideal seria que a comparação fosse feita com as condições daquele mesmo periciando em relação ao período em que não estava doente.

Não obstante a literatura sobre perícias administrativas mencionarem a necessidade de avaliação ampla, é senso comum que as perícias médicas não levam, ou parecem não levar em conta as situações exógenas que envolvem as circunstâncias próprias do periciando. A avaliação é meramente clínica e feita somente sob os aspectos da Classificação Internacional de Doenças (CID).

Da forma que é realizada, a avaliação pericial das pessoas com HIV/AIDS não parece contemplar os princípios garantidores da nossa Constituição. Sob esse aspecto a Organização Mundial da Saúde desde 2001 recomenda o uso da Classificação Internacional de Funcionalidade, Incapacidade e Saúde (CIF) de forma a complementar a CID.

A CIF busca uma abordagem biopsicossocial que ofereça uma visão mais coerente das várias dimensões de saúde sob uma perspectiva conjunta biológica, individual e social.

Nesse sentido, os fatores socioeconômicos e culturais são inseridos no conceito de incapacidade. Seja no âmbito administrativo do INSS ou nos tribunais, uma análise aprofundada das características do segurado passaria a ser adotada, deixando de lado o simples exame das patologias que o acometem e sua comparação com a média geral da população.

No âmbito dos tribunais federais a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais (TNU) sumulou em 2014 a possibilidade de avaliação biopsicossocial nos casos de pessoas com HIV/AIDS que solicitem os benefícios previdenciários na Justiça:

Comprovado que o requerente de benefício é portador do vírus HIV, cabe ao julgador verificar as condições pessoais, sociais, econômicas e culturais, de forma a analisar a incapacidade em sentido amplo, em face da elevada estigmatização social da doença

No caso dos portadores do HIV/AIDS, a incapacidade transcende a limitação física, e repercute em toda a vida social do requerente, mesmo em se tratando de assintomáticos, segregando-o do mercado de trabalho. Como veremos adiante, foi exatamente isso que ocorreu com milhares de soropositivos que já estavam aposentados e que, em função do Programa Especial para Análise de Benefícios com Índícios de Irregularidades e o Programa de Revisão de Benefícios por Incapacidade instituídos pela Lei 13846/2019, perderam sua aposentadoria após convocação para novas perícias.

Aspecto único de quem vive o dilema de ser diagnosticado com uma doença incurável, a pessoa com HIV/AIDS do momento em que recebe a infeliz notícia em diante passa a viver em função de sua condição. O uso da moderna medição trouxe avanços magníficos, mas sua circunstância existencial não desaparece. O estigma continua. O uso dos remédios trás reações complexas e de difícil adaptação, sem contar as doenças oportunistas que atacam o indivíduo sempre que sua imunidade cai. Idas e vindas ao médico dificultam a manutenção da doença em sigilo e, quase sempre, existe segregação.

Se a tentativa de desmistificação da doença gerou algum avanço na visão de que é possível ter uma vida "normal" sendo soropositivo, por outro lado, gerou um sentimento de que é possível a volta ao trabalho de forma "normal". Ora, há de levar em conta que a pessoa se encontra bem justamente porque pode se dedicar totalmente ao seu próprio cuidado físico e psíquico.

8. A Revisão de benefícios previdenciários das pessoas com HIV/AIDS

Em 2016, sob o argumento da necessidade de revisão de vários benefícios que poderiam ter sido concedidos de forma equivocada e/ou com irregularidades, o Governo editou a Medida Provisória 739/16 com vistas a instituir aquilo que ficou conhecido popularmente como a “Lei do Pente fino”.

Sob condição fiscal e econômica fragilizada, o Governo lançou mão de várias iniciativas para buscar “melhorar” as contas públicas. Dentro do âmbito da Seguridade e em especial da Previdência Social, a discussão de uma nova Reforma Previdenciária que gerasse mais economia ao Governo nos anos vindouros e outras ações de enxugamento foram levadas a efeito. A MP 739/2016 seguida de outras medidas provisórias e por fim a Lei 13846/2019 tiveram esse objetivo.

É importante frisar que o Estado, pelo princípio da Autotutela, possui o dever/poder de revisar seus atos administrativos. No direito previdenciário, por força do Artigo 103-A da Lei 8213/91, esse direito decai em dez anos. Entretanto, “o dispositivo não é aplicável aos casos em que a própria lei autoriza a revisão, como é o caso da cessação de aposentadoria por invalidez ou auxílio-doença em caso de recuperação da capacidade para o trabalho.” (ROCHA, 2021). Ou seja, é possível a revisão fundamentada em fatos novos, que não estavam presentes quando da concessão do benefício.

No caso dos soropositivos já aposentados por invalidez, muitos deles com mais de dez anos de aposentadoria e idade girando em torno de 50 anos, houve a revisão de mais de 10.000 benefícios, em torno de 9.400 realizaram a perícia para o qual foram convocados e ao final do processo cerca de 2900 perderam o benefício. Os números foram coletados do site de notícias Marco Zero que por sua vez diz que a fonte foi o Ministério da Economia e o próprio INSS e são de agosto de 2019.

Não obstante a suposta legalidade do ato administrativo, os prejudicados se uniram em duas frentes, a busca pelo Judiciário e também pelo Legislativo. No que se refere às ações judiciais, a luta é individual e no campo político os soropositivos se uniram em torno de associações e entidades de defesa das minorias para se fazerem mais ouvidos. O grande resultado foi uma mudança na Lei 8213/91 com a introdução do §5 ao art. 43, impedindo que os soropositivos, doravante sejam convocados para perícia.

A medida foi positiva e fez justiça para aqueles que ainda estavam, de alguma forma, recebendo o benefício, ainda que em parcelas de recuperação. Essa foi a decisão judicial em que se pleiteou a retroatividade da lei para beneficiar a todos. Pelo princípio previdenciário “Tempus Regit Actum”, que significa que o ato de concessão será regido pela legislação do seu momento de concessão, infelizmente muitos não foram alcançados pela lei e perderam seus benefícios.

O resultado é que atualmente esses que não foram alcançados pela lei estão desamparados. Muitos chegando ao limite extremo, segundo relatos e comentários em redes sociais de pensar em reduzir ou parar a medicação para que os efeitos clínicos surjam e possam de novo pleitear o benefício, uma vez que não têm como sobreviver. Situação de completa desesperança provocada por uma ação do Estado.

Considerações finais

Uma vez que o Governo é o responsável pela equalização e proteção dos mais fracos na busca pela igualdade entre seus cidadãos, ao agir sem levar em conta a situação particular dos soropositivos acaba por ferir o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. É o Estado, pela Constituição, o guardião das condições mínimas existenciais e não pode, justo ele, por meio do INSS, ser o detrator desse mesmo princípio.

A lei que impede o INSS, de convocar as pessoas com HIV/AIDS para realização de perícia médica feita unicamente com vistas a retirar o benefício que elas recebem, demonstra claramente que o Governo agiu de forma a ofender a Constituição nos seus princípios de proteção à dignidade. Trata-se aqui da ação deliberada do Governo nessa direção.

De outra sorte, o próprio sistema do INSS de avaliação, concessão, manutenção ou mesmo de cancelamento de benefícios de pessoas com HIV/AIDS merece ser revisado e adaptado para que se atente para as condições biopsicossociais desses indivíduos.

É necessário e fundamental o estabelecimento de critérios que não sejam exclusivamente clínicos. Assim já entenderam o Judiciário e o Legislativo. A decisão é sempre política, e nesse caso, quem tem que agir é o poder Executivo, que detém o comando e controle da Autarquia Pública.

Referências

AGÊNCIA DE NOTÍCIAS DA AIDS. **Direitos da Pessoa com HIV**: Entenda a aposentadoria por invalidez e o que fazer caso tenha perdido o benefício. Disponível em: <https://agenciaaids.com.br/noticia/direitos-da-pessoa-com-hiv-entenda-a-aposentadoria-por-invalidez-e-o-que-fazer-caso-tenha-perdido-o-beneficio/>. Acesso em 06/01/2022.

ARENDDT, Hannah. **Eichmann em Jerusalém**: um relato sobre a banalidade do mal. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.

_____. **A Condição Humana**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual do Médico Perito da Previdência Social**. 3.a ed. Brasília: INSS, 1983.

_____. Constituição (1988). **Constituição federal**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 17/01/2022.

_____. Ministério da Saúde. Disponível em: <https://www.gov.br/saude/pt-br/assuntos/noticias/2022/janeiro/nova-lei-garante-sigilo-a-portadores-de-hiv-hepatites-cronicas-tuberculose-e-hanseniose>; Acesso em 14/01/2022;

_____. Ministério da Saúde. **Departamento de Doenças de Condições Crônicas e Infecções Sexualmente Transmissíveis**. Disponível em: <http://www.aids.gov.br/pt-br/publico-geral/direitos-das-pvha>. Acesso em 07 de janeiro de 2022; ROCHA, Daniel Machado da. Direito previdenciário em resumo / Daniel Machado da Rocha, Eugélio Luis Müller. - 3. ed. - Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

DECLARAÇÃO dos Direitos Fundamentais das Pessoas Portadoras do Vírus da Aids. **Boletim ABIA**, Rio de Janeiro, n. 9, 19 de novembro de 1989. Disponível em: <<http://www.abia.org.br>>. Acesso em 13/01/2022;

EPIPHANIO, Emilio Bicalho (org.). VILELA, José Ricardo de Paula Xavier (org.). **Perícias médicas: teoria e prática**. Rio de Janeiro: Guanabara Koogan, 2009;

JARDIM, Eduardo. **A doença e o tempo: AIDS, uma história de todos nós**. Rio de Janeiro: Bazar do Tempo, 2019;

MARCO ZERO. **INSS corta benefícios e expõe pessoas com HIV ao desemprego e à fome**. Disponível em: <https://marcozero.org/inss-corta-beneficios-e-expoe-pessoas-com-hiv-ao-desemprego-e-a-fome/>. Acesso em 25/12/2021;

OLIVEIRA, Lucia Helena de; HEYMANN, Gisela. AIDS hoje. **Revista Super Interessante**. Ano 6, nº 7. São Paulo: Abril Editora, julho de 1992. Disponível em: <https://super.abril.com.br/saude/aids-hoje/>. Acesso em 13 de janeiro de 2022;

PESQUISADORES IDENTIFICAM ORIGEM DA DISSEMINAÇÃO DO VÍRUS HIV. **Revista Pesquisa FAPESP**. 02/10/2014. Disponível em: <https://revistapesquisa.fapesp.br/pesquisadores-identificam-origem-da-disseminacao-virus-hiv/>. Acesso em 09 de janeiro de 2022;

SUGUIMATSU, Marlene T. Fuverki. HIV e AIDS no ambiente laboral: visibilidade, discriminação e tutela jurídica de direitos humanos. **Revista eletrônica [do] Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região**, Curitiba, v. 3, n. 27, p. 75-103, jan./fev. 2014. Disponível em: <https://hdl.handle.net/20.500.12178/94961>. Acesso em 10 de janeiro de 2022.

COLETA DE DADOS INFANTIS E A AFRONTA À PRIVACIDADE INFANTIL PREVISTA NA LEI GERAL DE PROTEÇÃO DE DADOS – LGPD

Caroline Henriques Mota Balduino Santos

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário IESB; especialista em Publicidade e Propaganda; especialista em Comunicação e jornalismo digital (INTERVALE); especialista em advocacia em direito digital e proteção de dados graduada em Direito pelo UNICEUB

Paulo José Leite Farias

Pós-doutor pela Universidade de Boston (EUA); Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE); Mestre em Direito pela Universidade de Brasília (UnB); Professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

Resumo

A transformação digital abrange diversas áreas do Direito e todos os setores da sociedade. O rápido avanço tecnológico, devido à internet e aos meios de comunicação trouxeram novas oportunidades como o compartilhamento em âmbito mundial de informações. O vazamento de informações sigilosas, a invasão da privacidade de pessoas, inclusive de crianças, e a exposição de vulnerabilidade de fronteiras de um Estado ou Nação foram alguns dos motivos que trouxeram o surgimento do Marco Civil da Internet, e em 2018 da Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD. Este artigo visa demonstrar o porquê das coletas de dados, inclusive de crianças e adolescentes e o quanto é importante a proteção deste público que está em formação inclusive com relação aos dados. A maioria de nós desconhece os verdadeiros motivos para a coleta dos dados pessoais, inclusive no meio eletrônico. No Brasil, a construção da política de construção de dados se baseou em princípios expressos na Constituição Federal de 1988, como o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do direito à privacidade, e em 2018 com princípios da LGPD.

Palavras-chaves: Lei Geral de Proteção de Dados. Publicidade dirigida às crianças. Regulamentação dos dados.

Abstract

Digital transformation encompasses several areas of law and all sectors of society. The rapid technological advancement, due to the internet and the means of communication, has brought new opportunities such as the sharing of information worldwide. The leakage of confidential information, the invasion of the privacy of people, including children, and the exposure of vulnerability at the borders of a State or Nation were some of the reasons that brought about the emergence of the Marco Civil da Internet, and in 2018 the General Law of Data Protection – LGPD. This article aims to demonstrate the reason for data collection, including from children and adolescents and how important it is to protect this public that is in formation, including with regard to data. Most of us are unaware of the real reasons for collecting personal data, including electronically. In Brazil, the construction of the data construction policy was based

on principles expressed in the Federal Constitution of 1988, such as the principle of human dignity and the principle of the right to privacy, and in 2018 with the principles of the LGPD.

Keywords: General Data Protection Law. Advertising aimed at children. Regulation of data.

1. Introdução

A legislação brasileira possui regras que garantem a proteção de crianças em face da comunicação mercadológica. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 37, §2º estabelece a abusividade da publicidade que se aproveita da deficiência do julgamento da criança. O conceito é amplo, ainda mais enfrentando técnicas cada vez mais sofisticadas de *marketing* infantil, que incluem também o uso de psicologia e de neurociência.

Como sabemos, a sociedade atual é considerada e pautada na informação, na qual as novas tecnologias já começaram a impactar as relações jurídicas de forma irreversível. A revolução dessas novas tecnologias proporcionada pelo ciberespaço cria novas formas de comercializar seus produtos e serviços, em que a informação alcança os setores econômico, jurídico e tecnológico em toda a sociedade. Por causa deste novo cenário, o Direito traz novas formas de conduta para a sociedade, conforme Gois Júnior:

(...) é preciso introduzir meios de regulamentação ética na rede, até mesmo porque já se passou o período romântico e idealista no qual a internet era concebida apenas como um imenso repositório de informação e cultura, templo de intelectuais e acadêmicos de vanguarda, para um outro em que ela, a cada dia, se transforma em mais um instrumento da sociedade de consumo. (GOIS JUNIOR, 2001, p.30).

Diante disso, o Direito precisa se atualizar diante dos avanços tecnológicos, respaldando condutas e protegendo garantias, por isso é importante ter leis específicas para a regulamentação na esfera tecnológica.

Hoje, um grande impacto que a internet traz é o relacionado à privacidade. A vida em sociedade está cada vez mais interligada, conectada, sem saber exatamente qual o objetivo de cada provedor de aplicação e se a privacidade está sendo violada ou não. Com este novo cenário, surge a Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais, que é uma lei inspirada nas disposições acerca do tratamento de dados pessoais, inclusive de crianças e adolescentes.

Para adentrar no tema deste artigo, é preciso entender primeiramente o contexto histórico da criança no mundo digital e a coleta de dados que as empresas fazem para fidelizar futuros e/ou novos consumidores.

O tema da infância é bastante complexo, e de um ponto de vista jurídico, a criança ao longo do século XX foi vista como um ser totalmente incapaz e dependente dos adultos, como objeto de proteção.

2. Coleta de dados infantis

A geração Z marca a sociedade do século XXI. Essa geração encontra-se extremamente conectada, pessoas nascidas entre 1995 a 2010 utilizam desde cedo produtos e serviços que coletam dados. As crianças desta geração utilizam muito o mundo cibernético. Diante disso, abre-se a necessidade de os responsáveis legais consentirem no lugar dos menores, evitando a ofensa à privacidade.

Na sociedade da informação, o ato de estar conectado começa cada vez mais cedo. De acordo com o COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL (2018, p.24), 86% das pessoas entre 9 e 17 anos são usuários de internet. A internet é fundamental para o desenvolvimento de empresas e pessoas, incluindo as crianças e adolescentes, pois interagem pela troca de modelos econômicos e culturais (EBERLIN, 2020, p.29).

Na internet, o uso é aparentemente gratuito, mas na realidade existem diversas transações por meio das quais os anúncios publicitários são individualmente dirigidos aos usuários, com base nos perfis detalhados dos seus hábitos. Esta estratégia é muito comum nos jogos "on-line" que são baixados e jogados por crianças e adolescentes gratuitamente. Um exemplo é o jogo, "Street Fair" que usa a marca "Peanuts", conhecida no Brasil pelo desenho do "Snoopy" que estimula a aquisição de outros produtos ligados à marca "Peanuts", como livros, DVDs e mercadorias (EBERLIN, 2020, p.43). O valor econômico das informações geradas por estes usuários de produtos e serviços é elemento essencial nesta economia de serviços gratuitos, como os jogos on-line. É comum verificar estratégias de "marketing on-line" que ocorrem simultaneamente após a divulgação de alguma informação por parte do usuário (EBERLIN, 2020, p.50).

De acordo com Rodotá (2008, p.52), "as tecnologias da informação e da comunicação têm um caráter invasivo, apoderam-se das relações sociais e pessoais, das transações comerciais, das atividades políticas".

Os dados pessoais não são criados só pelos titulares, por meio de *e-mails*, mensagens de texto, imagens, vídeos compartilhados ou postagens, mas por terceiros, em situações em que o titular dos dados tenha participado, como exemplo: transações *de e-commerce*, criação de registros médicos eletrônicos, ou aqueles que nem mesmo o titular tenha conhecimento, como horários e locais em que os telefones celulares se conectam a torres de telefonia, ou imagens de câmeras de segurança nas grandes cidades. Além disso, existem mecanismos como "*cookies*" ou "*flash cookies*" que coletam informações do próprio uso de aplicações pelos usuários (EBERLIN, 2020, p.53).

A informação é um diferencial competitivo entre as empresas, que estão desesperadas por qualquer tipo de dados sobre os consumidores, que incluem

detalhes sobre os estilos de vida e perfis psicológicos completos. Por isso, muitas empresas fornecem gratuitamente produtos e serviços gratuitos em troca de informações, para influenciar futuros comportamentos de consumo (EBERLIN, 2020, p.54).

As crianças são extremamente importantes para o mercado, porque possuem cada vez mais dinheiro para gastar e influenciam nas despesas da família, devido às suas necessidades e as adaptações que as famílias fazem em sua própria rotina por causa delas, como alimentação, lazer e viagens. Elas são inseridas cada vez mais cedo no mundo do consumo, sendo protagonistas, responsáveis por grande parte das escolhas de consumo no ambiente familiar. As crianças são um grupo atrativo para os marqueteiros, em razão do poder de convencimento e persuasão no ambiente familiar, e este poder se estende à medida que vão crescendo (EBERLIN, 2020, p.55).

Eberlin cita Moura, Viana e Loyola (2020, p. 55-56) que explicam que é na faixa dos 2 aos 7 anos que ocorre a inserção da criança no mundo do consumo. Além disso, como as crianças continuarão a consumir, é altamente viável investir neste nicho, adquirindo a fidelidade desde cedo deste público.

No início do século XX, entre 1910 e 1930, os produtos destinados ao público infantil já constituíam um pequeno nicho de mercado, como brinquedos, móveis e livros (EBERLIN, 2020, p.56). A partir de 1950, aumentou o interesse neste público e surgem algumas publicações na área de *marketing* direcionadas ao público infantil. Em 1960 alguns professores de *marketing* começam a entrevistar crianças para compreender as suas preferências a bens de consumo. No final da década de 1980, desenvolveu-se o paradigma da criança como pessoa dotada de autonomia, mais ativa e íntegra a padrões culturais, econômicos e históricos. Na década de 1990, surgem metodologias que se preocupam em compreender, com profundidade o comportamento das crianças em relação ao mercado consumidor. Com isso, houve um

movimento de mudança no campo da publicidade infantil, passando a ter como foco as crianças (EBERLIN, 2020, p.57). Neste período, surgem técnicas publicitárias, tendo por objetivo atingir o público infantil, adotando estratégias para atrair crianças.

No final dos anos 1990 e início do século XXI, surgem as agências de publicidade focadas no público infantil com técnicas específicas para conhecer e compreender o comportamento desse público. Em São Paulo, os supermercados já oferecem carrinhos de compras menores para serem conduzidos por crianças de 4 a 5 anos, fazendo com que a criança participe do processo de compra (EBERLIN, 2020, P.58). Essas mudanças sedimentam o "*marketing* infantil" como estratégia econômica, que contribui para o avanço dos meios de comunicação e das mídias sociais. A influência no mercado de consumo se manifesta fortemente, principalmente a partir dos dez anos, cuja fase é de adaptação social em que a criança precisa se conformar, pensar e agir de acordo com seus grupos de referência (EBERLIN, 2020, p.59).

Quando as crianças e os adolescentes, que são usuárias de redes sociais, recomendam produtos ou serviços, as chances de persuasão em relação a outros usuários é bem maior do que a recomendação ou de publicidade em modelos tradicionais. Os métodos usados para persuadir o público infantil reinventam-se a cada dia, tornando-os mais sutis, dificultando a percepção e o controle destes métodos (EBERLIN, 2020, p.60).

Um problema que ocorre com a publicidade são os anúncios de produtos que não são apropriados para o público infantil, mas que os influenciam, como as rãs e os lagartos da cerveja *Budweiser* e o personagem *Joe Camel*, da marca de cigarros *Camel*, que utilizam de desenhos infantis para chamar a atenção do público (EBERLIN, 2020, p.61).

Tudo isso influencia que crianças e adolescentes busquem serviços e produtos associados a adultos. Na Inglaterra, um adolescente de 14 anos adquiriu um cartão

pré-pago em uma loja de rua e com ele comprou pela internet filmes pornográficos na *Amazon*, três facas letais no site de um supermercado, além de fazer uma aposta de dez libras esterlinas em um jogo de futebol entre Alemanha e Inglaterra. Mesmo as crianças e os adolescentes supostamente não terem acesso a este meio de pagamento antes dos 18 anos, constata-se que os mecanismos da sociedade de consumo e da sociedade da informação acabam permitindo este tipo de situação (MAYO, 2020, p.61-62).

Diante deste tipo de situação, pode-se destacar que alguns efeitos negativos da exposição das crianças à publicidade são: conflitos entre pais e filhos, cinismo, obesidade e atitudes materialistas, como o consumismo, por exemplo. As influências mercadológicas ocorrem cada vez mais cedo e no universo infantil, esses mecanismos podem influenciar nos padrões culturais em que as crianças e adolescentes enxergam nos produtos e serviços ferramentas de inserção e aceitação social.

Destaca-se que antes dos oito anos, a criança acredita que a intenção da publicidade é a de ajudar na tomada de decisões de compra, o que mostra que a criança ainda não consegue entender o caráter persuasivo da publicidade (CALVERT, 2008, p.214).

O mercado publicitário busca desvendar os caminhos para conhecer as crianças, para que possa oferecer produtos apropriados para as suas necessidades. Compreende-se que a publicidade não cria necessidades e desejos, ela apenas os identifica, contudo existem elementos que manipulam, ao menos direcionam marcas e produtos a determinados desejos, necessidades e padrões culturais, tendo impacto nas crianças (EBERLIN, 2020, p.65).

Assim como os adultos, as crianças consomem com o objetivo de pertencimento dentro de uma sociedade. Em 2016, 62% das crianças entre 9 a 10 anos que usam a internet possuem perfil nas redes sociais (COMITÊ GESTOR DA INTERNET

NO BRASIL, 2018. P.70). Desde cedo as crianças se envolvem com a internet, brincando em jogos on-line e navegando em redes sociais, muitas vezes antes de completarem a idade prevista no uso das aplicações.

Neste sentido, o aplicativo "*Messenger Kids*" foi lançado pelo *Facebook* em 2017, é destinado a crianças de 6 a 12 anos, que podem sob a supervisão dos pais, trocar mensagens entre si. É uma ferramenta que ajuda a criança durante o processo de alfabetização, a arquitetura da internet e as redes sociais (EBERLIN, 2020, p.71).

Como reflexo cultural, desde a infância as crianças utilizam telefones celulares, com aplicativos desenvolvidos para elas, que coletam informações de geolocalização, idade, gênero e formas de uso do aplicativo. As crianças utilizam e desejam computadores, tablets, videogames e televisões que estão conectados e ligados ao universo infantil. Os quartos delas são locais cheios de acessórios conectados, onde elas vão para lá se conectarem, e não mais descansarem.

Existem vários produtos que coletam informações das crianças. Alguns são capazes de monitorar o sono e a alimentação, e vários acessórios infantis que são equipados por sensores que irão gravar e enviar para o celular dados biométricos, como batimentos cardíacos e temperatura corporal, além de relógios que enviam para os pais a localização do seu filho. Além disso, existem brinquedos conectados, como a boneca *Hello Barbie*, lançada em 2015 pela *Mattel*, que possui como característica a interação do brinquedo com a criança. A boneca é conectada à internet, e as conversas são enviadas aos servidores de uma empresa de entretenimento de voz, capaz de processar as informações recebidas e permitir que o brinquedo interaja com a criança (EBERLIN, 2020, p.74). Neste sentido:

Os pais que dão brinquedos conectados para seus filhos estão implícita ou explicitamente outorgando consentimento para que os dados de suas crianças sejam coletados, processados, armazenados e transmitidos. No entanto, os pais não estão autorizados para consentir em relação a outras crianças que

usem o brinquedo, como um amigo do seu filho, dado que, que sem esse consentimento explícito, os dados do amigo não poderiam ser coletados (MAPLE, 2017, p.174).

É necessário olhar o ponto de vista jurídico com relação à privacidade, o consumo e a participação das crianças no ambiente digital. Dentre as normas estão: a Constituição Federal de 1988, que estabelece a inviolabilidade da vida privada; o Estatuto da Criança e do Adolescente – ECA que protege as crianças e os adolescentes; o Código de Defesa do Consumidor – CDC; o Marco Civil da Internet e a Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, com as regras sobre o uso da internet e a proteção dos dados.

3. Proteção da privacidade na LGPD

Com o advento e a evolução da internet, surgiram questionamentos sobre como a legislação brasileira deve se comportar para recepcionar estes avanços tecnológicos. Em algumas situações que não se encaixam nos modelos jurídicos consolidados, identificou-se a necessidade de criação de uma legislação específica justamente para tratar de novos conflitos que surgiram devido ao advento da internet e das novas tecnologias.

Em virtude de um marco regulatório, como a LGPD, é necessário que a empresa defina quais os dados a serem coletados, a destinação deles e uma política correta sobre eventuais questionamentos de clientes fornecedores de tais dados.

Tudo isso ocorreu pelo aumento da capacidade de processamento de informações pelos computadores, no qual a informação se tornou o valor central da sociedade contemporânea e pode e deve ser encarada como objeto jurídico, pois pode gerar efeitos na vida das pessoas.

A Lei nº 13.709/2018, conhecida como Lei Geral de Proteção de Dados – LGPD, foi sancionada em agosto de 2018. Antes desse marco legal, a regulação do tema sobre privacidade era feita por meio do diálogo entre diversas outras fontes normativas, tais quais: a proteção do consumidor, a regulação da internet no Brasil ou a gestão de bancos de dados de crédito.

No direito brasileiro, a privacidade é reconhecida como um direito fundamental conforme a Constituição Federal de 1988, e da personalidade de acordo com o Código Civil, no seu artigo 21, cuja proteção deve ser entendida como de caráter principiológico, não sendo um direito absoluto, mas que deve estar em harmonia com outros princípios e direitos fundamentais.

Art. 5º da CF/88: 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:

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.

Art. 21 do CC. A vida privada da pessoa natural é inviolável, e o juiz, a requerimento do interessado, adotará as providências necessárias para impedir ou fazer cessar ato contrário a esta norma.

São quatro categorias de conceitos de privacidade: a) o direito de ser deixado só; b) o resguardo contra interferências alheias; c) o segredo ou sigilo; d) controle sobre informações e dados pessoais (LEONARDI, 2012, p.52).

O direito de ser deixado só, primeiro vestígio da noção de privacidade, é explicado no artigo "*Right to Privacy*" que foi publicado na *Harvard Law Review* em 1890, por dois advogados chamados Warren e Brandeis. Para eles a proteção contra o uso não autorizado de pensamentos, sentimentos e expressões individuais não é propriamente uma proteção contra a apropriação física de um bem, mas sim a

proteção da personalidade (EBERLIN, 2020, p.82). Este artigo é um marco do direito à privacidade.

Nos Estados Unidos, em 1890, foi dado início à produção de tabloides, que era material de fofoca, fazendo com que a vida das celebridades fosse exposta em jornais, revistas e anúncios. Neste mesmo período, houve a invenção da máquina fotográfica, o que fomentava ainda mais o consumo contínuo da investigação sobre as pessoas famosas.

Os paparazzis chegavam a invadir as festas de casamentos, eventos, locais aglomerados de pessoas para conseguir uma única foto. Foi neste momento, esses dois advogados entenderam que os direitos aos quais se referiam eram diferentes. Compreenderam que se uma pessoa entra na casa de outra, o direito a ser arguido é a propriedade, todavia, se uma pessoa senta no muro e espera o momento certo para tirar uma foto, tal fato pode ser configurado como invasão de privacidade, conforme entendimento de Clever Vasconcelos:

A vida privada, por sua vez, abarca as relações entre o indivíduo e sua família, amigos, companheiros, cônjuge e outros. Compreende as relações sociais do indivíduo que devam permanecer ocultas aos saberes do público, por exemplo a relação afetiva, de amizade, a relação de trabalho. É sem dúvida o oposto da vida pública (VASCONCELOS, 2016, p.192).

Ocorre que isto tomou proporções tão grandes que, recentemente foi intitulado como um direito fundamental, sendo expresso na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, no seu artigo XII que diz: “ninguém será sujeito à interferência em sua vida privada, em sua família, em seu lar ou em sua correspondência, nem a ataque à sua honra e reputação. Todo ser humano tem direito à proteção da lei contra tais interferências ou ataques”.

A Convenção 108 de 1981 do Conselho da Europa para a Proteção das Pessoas Singulares no que diz respeito ao Tratamento Automatizado de Dados Pessoais, foi o

primeiro instrumento internacional juridicamente vinculativo adotado no domínio da proteção de dados. O artigo 1º da Convenção diz que:

A presente Convenção destina-se a garantir, no território de cada Parte, a todas as pessoas singulares, seja qual for a sua nacionalidade ou residência, o respeito pelos seus direitos e liberdade fundamentais, e especialmente pelo seu direito à vida privada, face ao tratamento automatizado dos dados de caráter pessoal que lhes digam respeito.

Clever Vasconcelos faz a diferenciação entre os conceitos de Privacidade e Intimidade:

“Embora usualmente tais expressões sejam utilizadas com o mesmo significado, esse não foi o intuito do legislador, que ao estabelecer a inviolabilidade da intimidade e da vida privada, propôs a defesa de direito distintos; trata-se de uma nova subdivisão entre: a intimidade e a privacidade propriamente dita. A intimidade abrande o âmago da pessoa; traduz o modo de ser do indivíduo, ocupando a sua esfera sigilosa. Assim é reconhecido o poder de evitar que outrem tome conhecimento de suas particularidades. A intimidade está fortemente ligada à inviolabilidade da correspondência, do domicílio, segredo profissional; abrange a opção sexual, dúvidas existenciais, segredos, enfim. Nos dizeres de Alexandre de Moraes, a intimidade “relaciona-se às relações subjetivas e de trato íntimo da pessoa (VASCONCELOS, 2016, p.192).

O resguardo contra interferências alheias relata uma segurança de que questões privadas não serão devassadas sem um interesse ou uma justificativa extremamente relevante. Para crianças isso é fundamental, pois a privacidade garante a ludicidade que garante a espontaneidade.

A ludicidade contribui na aprendizagem e conhecimento da criança, pois possibilita criatividade, interação social e crescimento sadio através do relacionamento entre o grupo desenvolvendo seu potencial cognitivo, motor e social. O ato de brincar pode ser conduzido independentemente de tempo, espaço, ou de objetos isto proporciona que a criança crie, recrie, invente e use sua imaginação. A privacidade permite a criança um espaço para o crescimento interior. De acordo com o relatório LIFE (2018, p.16), as crianças não gostam quando seus pais postam fotos e vídeos com

suas imagens, por se sentirem invadidas na privacidade, seja pela forma que a foto foi postada, seja por não quererem que um grande número de pessoas tenha acesso a elas.

Para saber se há uma violação à privacidade é preciso analisar o caso concreto, levando em consideração o contexto público e privado, a existência de câmeras e microfones, e isto é bastante potencializado com a tecnologia.

O consentimento é inserido na LGPD como uma das hipóteses de tratamento de dados, que explica o motivo da coleta, o tempo pelo qual os dados permanecerão armazenados e o tipo de tratamento realizado. Em algumas situações, o tratamento de dados precisará de um consentimento apartado, por exemplo, nas hipóteses em que os dados pessoais venham a ser compartilhados com terceiros. É o caso de serviços de mapeamento e geolocalização, que para funcionar precisam de dados de localização das pessoas e de seguradoras, que para estipularem os preços de apólice precisam de dados sensíveis. Nestas situações há uma imposição de que se obtenha um consentimento específico para tratamento desses dados (EBERLIN, 2020, p.125).

Com relação aos dados pessoais de crianças e adolescentes, a LGPD previu no art. 14, §1º que o tratamento de dados dessas pessoas deve ser realizado “em seu melhor interesse” e, no caso de crianças, “com consentimento específico e em destaque por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Art. 14. O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente.

§ 1º O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser realizado com o consentimento específico e em destaque dado por pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

A LGPD é marcada por princípios e conceitos; cuida da proteção dos dados pessoais da pessoa natural; condiciona o tratamento de dados a finalidades

previamente estabelecidas; bem como fixa padrões no ciclo de vida dos dados pessoais, com estabelecimento de obrigações de manutenção de dados por prazos e deveres para realização de descarte seguro.

Esta Lei está estritamente ligada ao princípio da privacidade, e no artigo 1º da Lei já demonstra o seu objetivo que é de legislar sobre tratamento de dados pessoais, inclusive nos meios digitais, por pessoa natural ou por pessoa jurídica de direito público ou privado, tendo por objetivo a proteção dos direitos fundamentais de liberdade e privacidade e o livre desenvolvimento da personalidade da pessoa natural.

São dados pessoais, conforme a LGPD, informação de pessoa natural identificada ou identificável. Inseridos na categoria maior de dados pessoais, encontram-se os dados sensíveis, cujo potencial de discriminação em relação ao titular de dados é maior, pois são informações relativas à origem racial ou étnica, convicção religiosa, opinião política, filiação a sindicato ou a organização de caráter religioso, filosófico ou político, dado referente à saúde ou a vida sexual, dado genético ou biométrico.

O Superior Tribunal de Justiça – STJ, no julgamento do Recurso Especial 1.558.086 reconheceu a abusividade de toda publicidade ou promoção de venda de alimentos dirigida direta ou indiretamente às crianças, uma vez que a decisão de compra e consumo de gêneros alimentícios deve residir com os pais, sob pena de manipulação da vontade infantil. (BRASIL g, 2016)

4. Privacidade infantil

O universo virtual possui poucas possibilidades de frustração e com grandes ferramentas para evitar a quebra de expectativas, no qual as pessoas podem ficar envolvidas a tudo que lhes agrada, criando uma sensação de sociabilidade ou de

isolamento (EBERLIN, 2020, p.20). Além de gerar efeitos que podem inibir comportamentos, a vigilância excessiva pode afetar direitos como a liberdade de expressão, a liberdade de associação e outros direitos fundamentais à democracia. Essa vigilância começa cada vez mais cedo, materializada em ferramentas de monitoramento, utilizadas por instituições de ensino, pelos pais e em produtos e serviços concebidos para o público infantil. Tudo isso pode inibir o comportamento das crianças, ameaçando a sua privacidade intelectual e o desenvolvimento social (EBERLIN, 2020, p.38).

A ideia de privacidade está vinculada à garantia de ferramentas para que o titular dos dados pessoais possa exigir a circulação controlada das informações que falam sobre a própria pessoa (RODOTÁ, 2008, p.93). Ferramentas que captam imagens públicas, utilizando-as no fornecimento de serviços privados, podem coletar informações pessoais que atentem contra a privacidade. Diante disso, desenvolveu a ideia da autodeterminação informativa, no qual os dados só devem ser utilizados para a finalidade que eles foram coletados, no qual o titular pode desautorizar o tratamento de seus dados pessoais, mesmo ele tendo fornecido.

Ser criança, de certa forma, é estar em vigilância constante, por questão de segurança, motivações educacionais e comportamentos, exercidos por pais e professores nas escolas. Conforme a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança – CNUDC, este contexto pode comprometer a privacidade das crianças. O artigo 16.1 do CNUDC diz que: “nenhuma criança será objeto de interferências arbitrárias ou ilegais em sua vida particular, sua família, seu domicílio ou sua correspondência, nem de atentados ilegais a sua honra e a sua reputação”.

As crianças e os adolescentes encontram-se na fase de socialização, no qual estão mais preocupadas com a sua reputação do que com a segurança de suas informações. Elas, em geral, dão mais importância às opiniões e pensamentos alheios

a seu respeito, e tendem a se sentir muito vigiadas e inibidas para se comportar e expressar livremente o que pensam. Essa inibição é agravada com a vigilância excessiva, podendo comprometer a privacidade decisional delas. Existe uma grande preocupação com a suposta perda da infância decorrente do uso de tecnologias por crianças, em razão de fatores como a adultização e a falta de convivência com o mundo físico (EBERLIN, 2020, p.128).

De acordo com Densa (2018, p.63) a redução do domínio dos pais sobre a ação das crianças faz parte do processo de crescimento, uma vez que “à medida que avança a idade de crianças e adolescentes, diminui a esfera de controle que tanto os pais quanto o Estado têm sobre eles, abrindo-se o campo a decisões livres”.

No mundo digital, muitas vezes, os pais são os primeiros a contribuir para divulgação de dados dos seus filhos, começando no compartilhamento de fotografias de ultrassom nas redes sociais. Após o nascimento da criança, é comum encontrar perfis em contas de redes sociais de bebês que ao longo da infância administram a vida digital de seus filhos (EBERLIN, 2020, p.131). São os denominados rastros digitais em forma de informação (fotografias, postagens a respeito de viagens, dados de localização, redes de amizades, familiares e amigos), que podem ser usados no futuro para finalidades diversas. Essa divulgação de informações pelos pais da criança recebe o nome de *Sharenting*.

essa prática coloca em conflito o direito à privacidade das crianças, o direito à liberdade de expressão dos pais, de manifestar o seu consentimento com os filhos e com a sua vida junto a eles perante as redes sociais, e o direito-dever dos pais de cuidar de seus filhos e decidir o que é mais conveniente, em termos de vida digital, no melhor interesse da criança (EBERLIN, 2020, p.131).

De acordo com dados do UNICEF (2017, p.92), em 2010 em países de alta renda, foi constatado que 81% das crianças com menos de dois anos já possuíam rastros

digitais. E aponta que o *sharenting* pode interferir no bem-estar da criança a longo prazo, com relação a criação da sua identidade e na procura de um emprego.

Os estabelecimentos educacionais também vêm utilizando para a vigilância dos alunos, a filmagem de crianças em escolas e berçários para que os responsáveis legais possam acompanhar, em tempo real o que ocorre com as crianças, um monitoramento constante.

O monitoramento de crianças para fins publicitários não adveio com a sociedade da informação. No início do século XX, as empresas usavam estratégias promocionais, como distribuição de prêmios por meio de envios de tampas de caixa de cereais, com informações sobre a criança, o que proporcionava uma coleta e tratamento de dados do público infantil, além de fornecer informações sobre o programa de TV ou rádio (EBERLIN, 2020, p. 136). O avanço da internet e o desenvolvimento dos brinquedos conectados ajudam ao fornecimento de informações e denotam cada vez mais medidas de proteção à privacidade das crianças.

A criança, ao interagir com empresas on-line, pode sujeitar-se a mecanismos que a estimulem a divulgar dados pessoais que, isoladamente ou em conjunto com dados gerados pela conduta dos pais e das instituições de ensino, formam robustas fontes de informação a seu respeito que podem ser utilizadas para finalidades comerciais ou para padronização e adequação de comportamentos (EBERLIN, 2020, p.137).

Um fator que incentiva as crianças a compartilharem seus dados com as empresas é a gratuidade dos produtos e serviços.

As crianças, assim como os adultos, tendem a não ler as informações, cláusulas e condições de privacidade, principalmente quando estão em linguagens de difícil compreensão e concordam sem ler as políticas de privacidade para terem acesso rápido aos sites desejados (EBERLIN, 2020, p.163).

Com relação à proteção de dados pessoais, é preciso pensar na padronização da informação, por meio de mecanismos de certificação que possam indicar o nível de segurança de um fornecedor em relação à gestão de dados em razão de medidas técnicas que ele adote para identificar, prevenir e corrigir falhas (EBERLIN, 2020, p.164). A privacidade, no sentido de resguardo das informações pessoais, é uma verdadeira construção social baseada em relações de confiança entre intermediários, fornecedores no âmbito da internet, e grupos de usuários que interagem diariamente na rede. Numa relação de confiança, há com mais facilidade o compartilhamento de informações.

A forma de contratação on-line utilizada atualmente pelos sites é baseada em contratos longos, com poucos e fracos mecanismos de informação e consentimento, no qual o aderente não tem alternativa à assinatura do contrato, e muitas vezes contratam rapidamente em função da escassez do produto ou serviço.

Em alguns *sites*, os mecanismos de contratação estão associados a uma espécie de consentimento "contextual", ou seja, uma situação em que o simples acesso a um site ou uso de aplicação significa que o usuário está aderindo aos termos de condições de uso, autorizando, por exemplo, o compartilhamento de suas informações pessoais (EBERLIN, 2020, p.183).

O Decreto 7.962/2003 estabelece a obrigatoriedade, no comércio eletrônico da elaboração de um sumário do contrato (art. 4º, I), de informações detalhadas sobre o fornecedor, como o endereço físico (art. 2º, II) e de informações claras sobre produtos (art. 2º, III, IV, V, VI).

Os *sites* e aplicativos que possuem conteúdo para criança devem possuir medidas mais cautelosas, devido a vulnerabilidade da criança e a importância da alfabetização digital, como forma de emancipar crianças e adolescentes para que desenvolvam autonomia e atuem de maneira mais segura e informada. A alfabetização digital envolve não apenas a educação das crianças, mas de seus pais e educadores.

A criança e o adolescente não possuem direitos adicionais que os demais titulares de dados dentro da LGPD. A principal distinção é que devido ao seu papel de vulnerabilidade, as bases legais para tratamento de dados pessoais de crianças e adolescentes são mais exigentes e demandam ações específicas.

O artigo 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente diz que: “considera-se criança, para os efeitos desta Lei, a pessoa até doze anos de idade incompletos, e adolescente aquela entre doze e dezoito anos de idade”.

Desta forma, o artigo 3º do ECA destaca o princípio da Proteção Integral da Criança e do Adolescente, uma vez que eles são pessoas em desenvolvimento:

Art. 3º. A criança e o adolescente gozam de todos os direitos fundamentais inerentes à pessoa humana, sem prejuízo da proteção integral de que trata esta Lei, assegurando-se lhes, por lei ou por outros meios, todas as oportunidades e facilidades, a fim de lhes facultar o desenvolvimento físico, mental, moral, espiritual e social, em condições de liberdade e de dignidade. Parágrafo único. Os direitos enunciados nesta Lei aplicam-se a todas as crianças e adolescentes, sem discriminação de nascimento, situação familiar, idade, sexo, raça, etnia ou cor, religião ou crença, deficiência, condição pessoal de desenvolvimento e aprendizagem, condição econômica, ambiente social, região e local de moradia ou outra condição que diferencie as pessoas, as famílias ou a comunidade em que vivem.

A legislação brasileira prevê no Código Civil o instituto da capacidade civil relativa (ou incapacidade relativa), aplicável aos maiores de 16 anos e menores de 18 anos. “Art. 4º - São incapazes, relativamente a certos atos ou à maneira de os exercer: I – os maiores de dezesseis e menores de dezoito anos.”

O aspecto basilar é o consentimento para o tratamento deste público. A Lei estabelece que o tratamento deverá considerar o melhor interesse do titular e que o este consentimento deverá ser específico e em destaque, conforme o art. 14:

O tratamento de dados pessoais de crianças e de adolescentes deverá ser realizado em seu melhor interesse, nos termos deste artigo e da legislação pertinente. §1º. O tratamento de dados pessoais de crianças deverá ser

realizado com o consentimento específico e em destaque dado pelo menos um dos pais ou pelo responsável legal.

Por possuírem menos capacidade de compreensão e entendimento, a criança e o adolescente, com relação ao consentimento e sobre o que estão efetivamente concedendo a terceiros, exige-se, pois, a ação do responsável legal. Para o adolescente, que possui capacidade civil relativa, a exposição deve ser clara e que permita a adequada compreensão.

§ 6º As informações sobre o tratamento de dados referidas neste artigo deverão ser fornecidas de maneira simples, clara e acessível, consideradas as características físico-motoras, perceptivas, sensoriais, intelectuais e mentais do usuário, com uso de recursos audiovisuais quando adequado, de forma a proporcionar a informação necessária aos pais ou ao responsável legal e adequada ao entendimento da criança.

A LGPD estabelece diretrizes mais específicas para a publicidade da forma do tratamento de dados pessoais coletados, sua utilização e como exercer os direitos previstos no art. 18, com relação ao acesso aos dados, a solicitação de apagamento dentre outros.

Conforme o §3º do artigo 14 da LGPD, a utilização de dado pessoal de criança ou adolescente sem o seu consentimento é bastante reduzida para identificação de seu responsável legal e o repasse a terceiros é proibido.

§ 3º Poderão ser coletados dados pessoais de crianças sem o consentimento a que se refere o § 1º deste artigo quando a coleta for necessária para contatar os pais ou o responsável legal, utilizados uma única vez e sem armazenamento, ou para sua proteção, e em nenhum caso poderão ser repassados a terceiro sem o consentimento de que trata o § 1º deste artigo.

As crianças representam um grupo mais vulnerável da sociedade, logo as organizações devem traçar um perfil para fins de marketing, sendo, desta forma mais suscetíveis no ambiente digital e mais facilmente influenciadas pela publicidade comportamental.

A sociedade é obrigada a participar do mundo digital, e existem, jovens que ainda não tem formação ética adequada ou útil ao uso da internet:

[...] o jovem deve estar orientado quanto ao uso de tecnologia e, conforme confiança e responsabilidade conquistada, passar a ganhar autonomia, sendo este um papel da escola e da família. E diante do uso excessivo, cresceu significativamente o número de incidentes envolvendo crianças e jovens no uso da internet, inclusive dentro da escola, principalmente devido à má educação no campo digital [...] A escola, os pais e os professores são responsáveis pela orientação do aluno sobre a boa conduta digital, começando pelo uso adequado de seus dispositivos, e por mostrar e advertir sobre os termos de uso da tecnologia e de redes sociais como Facebook, Twitter, entre outros (STRAUHS DA COSTA, 2018).

Diante deste cenário, o ambiente virtual passou a ser uma extensão da vida real, ou seja, não há mais tempo *off-line* ou *online*, seja por meio das relações de consumo ou por conferências para resolver assuntos profissionais o que possibilita a troca de informações e convívio social. E este ambiente deve ser resguardado e devidamente regulamentado para que as pessoas não sofram danos.

A COPPA é uma legislação americana orientada para a proteção de crianças no ambiente digital. Esta Lei foi projetada para proteger crianças de 13 anos de idade. Em comparação à LGPD, ela possui várias semelhanças, como obter o consentimento dos pais antes do tratamento e coleta de dados, e deve garantir o não compartilhamento (exceto se devidamente autorizado pelos pais) para terceiros (parágrafo 312.5):

- a) Requisitos gerais. (1) O operador é obrigado a obter o consentimento verificável dos pais antes de qualquer coleta, uso ou divulgação de informações pessoais de crianças, incluindo o consentimento para qualquer alteração material nas práticas de coleta, uso ou divulgação com as quais os pais tenham consentido anteriormente.
(2) O operador deve dar aos pais a opção de consentir com a coleta e o uso das informações pessoais da criança sem consentir em divulgar suas informações pessoais a terceiros.
- b) Métodos para obtenção do consentimento verificável dos pais. (1) Um operador deve fazer esforços razoáveis para obter o consentimento dos pais

verificável, levando em consideração a tecnologia disponível. Qualquer método para obter o consentimento dos pais verificável deve ser razoavelmente calculado, à luz da tecnologia disponível, para garantir que a pessoa que fornece o consentimento seja os pais da criança. (2) Os métodos existentes para obter o consentimento verificável dos pais que atendem aos requisitos deste parágrafo incluem.

A COPPA não é aplicável à adolescentes e se aplica apenas no ambiente online. A LGPD é aplicável aos adolescentes e é mais extensiva, pois não se distingue apenas ao ambiente virtual.

As crianças de hoje já nascendo inseridas no ambiente digital, já estão hiperconectadas. É preciso ter uma educação digital que abarque os pais e responsáveis, professores, crianças e adolescentes. A atualidade trouxe a interação com brinquedos conectados. Tudo se conecta: geladeira, carro, relógio, televisão. Por isso é imprescindível inserir uma proteção para este público: o das crianças e dos adolescentes.

Os direitos das crianças e adolescentes são um público mais vulnerável, e por isso são visados por terceiros com intenções ilícitas. A Constituição Federal no seu artigo 227 não impõe apenas a sua proteção, mas também ações para introduzir o indivíduo na sociedade e permitir o seu pleno desenvolvimento:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e a convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

Diante disso, qualquer situação lesiva que coloque em risco crianças ou adolescentes na internet deverá ter uma sanção jurídica.

Considerações finais

O espaço cibernético proporciona liberdade às crianças e aos adolescentes que passam a ter acesso direto a diversos materiais do mundo. Antes da internet, os adultos determinavam que tipo de material as crianças iriam ler, mas agora elas estão mais livres para construir seu próprio mundo e gerar conteúdo na internet.

O melhor interesse é o princípio que sobressai no universo infantil, inclusive em questões referentes ao ambiente digital. A sociedade de consumo leva a publicidade de produtos e serviços cada vez mais cedo às crianças e aos adolescentes.

A legislação brasileira possui regras que garantem a proteção de crianças em face da comunicação mercadológica. O Código de Defesa do Consumidor, no artigo 37, §2º estabelece a abusividade da publicidade que se aproveita da deficiência do julgamento da criança. O conceito é amplo, ainda mais enfrentando técnicas cada vez mais sofisticadas de *marketing* infantil, que incluem também o uso de psicologia e de neurociência.

Para auxílio do CDC, o Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária – CONAR, instituiu um Código de Autorregulamentação sobre a atividade publicitária. Mesmo sendo de caráter privado, não se tratando de norma impositiva as agências de publicidade recorrem a este regulamento.

O Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária – CBARP, no artigo 37 recomenda que nenhum anúncio dirija apelo imperativo de consumo à criança e ainda proíba de: desmerecer valores sociais, como amizade, urbanidade, honestidade, justiça e generosidade; provoque discriminação; associe crianças e adolescentes a situações incompatíveis com a sua condição; impor que a noção de consumo proporcione superioridade; provoque situações de constrangimento aos pais ou responsáveis com o propósito de impingir o consumo; empregar crianças e

adolescentes como modelos para vocalizar apelo, recomendação ou sugestão de consumo; utilizar formato jornalístico confundindo a notícia com publicidade, apregoar que algum produto possui características peculiares, mas na verdade são encontrados em outros similares e utilizar situações de pressão psicológica ou violência capazes de infundir o medo.

O artigo 37 do CBARP ainda traz recomendações sobre o que os anúncios direcionados para crianças devem conter, contribuindo com o desenvolvimento das relações entre pais, filhos, alunos, professores e outros relacionamentos, com respeito à dignidade, ingenuidade, credulidade, inexperiência; sentimento de lealdade das crianças em relação aos produtos e serviços; considerem as condições psicológicas e a falta de discernimento do público infantil.

É importante ressaltar que essa resolução é alvo de debates à competência do CONANDA para regulamentar a publicidade infantil, prevista no artigo 37 do CDC. O CONANDA foi previsto no ECA, nos artigos 86 e 88, I, com a função de elaborar as normas gerais da política nacional de atendimento dos direitos da criança e do adolescente. Sendo que a regulamentação do CDC, no âmbito administrativo caberia à SENACON, que é vinculada ao Ministério da Justiça, conforme o artigo 63 do Decreto 2.181/1997.

A SENACON entendeu em nota técnica, datada de 12 de maio de 2016 que é abusiva toda e qualquer publicidade realizada no ambiente escolar, na medida em que “o ambiente onde a publicidade é praticada, além de impedir o exercício do poder familiar sobre a exposição das crianças ao apelo comercial, reforça nesse público a credibilidade do discurso e, por isso, se aproveita de sua natural credulidade (BRASIL f, 2016)”

Conclui-se que estar no ambiente digital não é uma escolha, mas uma situação atual e cultural que leva a pessoas de todas as idades, inclusive crianças que nascem

no mundo digital (geração Z), a participarem de redes sociais, comprarem on-line e realizarem outras ações no ambiente digital.

As crianças são pessoas em desenvolvimento, não possuem capacidade jurídica e discernimento para expressar o consentimento em relação ao tratamento de dados pessoais. A proibição absoluta para a questão dos dados pessoais não é a alternativa mais adequada, pois a internet pode trazer benefícios pedagógicos, lúdicos e sociais, já que está inserida na sociedade atual.

Deve-se, pois, buscar uma solução que capacite as crianças a participarem da maneira mais segura possível do mundo digital, utilizando uma linguagem que seja compreensível para elas e que permita construir a habilidade para lidar com o tema.

Com a LGPD as plataformas digitais passarão a respeitar os protocolos exigidos pela legislação e demonstrar aos usuários os caminhos percorridos dentro das relações existentes entre o anunciante e o usuário. A LGPD teve uma preocupação central com a privacidade infantil. A criança e o adolescente, usuários destas plataformas, são mais vulneráveis, e diante disso, as empresas devem ter mais cautela com o marketing direcionado a eles.

Referências:

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 06 set. 2021.

_____. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Código Civil. Brasília, DF: Presidência da República, , [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm. Acesso em 15 set. 2021.

_____. **Lei 13.709, de 14 de agosto de 2018.** Lei Geral de Proteção de Dados Pessoais (LGPD). Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2018/lei/L13709.htm. Acesso em 06. set. 2021.

_____. **Lei 8.069, de 13 de julho de 1990.** Estatuto da Criança e do Adolescente. Brasília, DF: Presidência da República, [2021]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8069.htm. Acesso em 05 set.2021.

_____. **Secretaria Nacional do Consumidor (SENACON).** Ministério da Justiça (MJ). Nota Técnica n. 3/2016/CGEMM/DPDC/SENACON: Publicidade Infantil. Publicidade e Prática Abusiva. Publicidade dirigida às crianças em ambientes escolares. Publicidade de alimentos direcionada ao público infantil. Brasília: SENACON, 2016. Disponível em: <http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/notas-tecnicas/anexos/nt-003-2016.pdf>. Acesso em: 05 set. 2021.

_____. **Superior Tribunal de Justiça.** Acórdão no Recurso Especial 1.558.086. Recorrente: Pandurata Alimentos Ltda. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Humberto Martins. Brasília, DF, 10 de março de 2016. DJe, Brasília, 15 abr. 2016.

CALVERT, Sandra L. **Children as Consumers: Advertising and Marketing.** The Future Of Children, 2008, v. 18, n 1, p.214. Johns Hopkins University Press. Disponível em: <https://muse.jhu.edu/article/238866>. Acesso em 3 set. 2021.

COMITÊ GESTOR DA INTERNET NO BRASIL. **TIC Kids Online Brasil.** Pesquisa sobre o uso da internet por crianças e adolescentes no Brasil 2018. São Paulo: Comitê Gestor da Internet no Brasil. Disponível em: https://cetic.br/media/docs/publicacoes/216370220191105/tic_kids_online_2018_livro_eletronico.pdf. Acesso em: 03 set.2021.

DENSA, Roberta. **Proteção Jurídica da Criança Consumidora: entretenimento, classificação indicativa, filmes, jogos, jogos eletrônicos, exposições de arte.** Indaiatuba: Foco, 2018.

EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais.** São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020.

GOIS JUNIOR, José Caldas. **O direito na era das redes: a liberdade e o delito no ciberespaço**. Bauru: EDIPRO, 2001.

LEONARDI, Marcel. **Tutela e Privacidade na Internet**. São Paulo: Saraiva, 2012, p.52.

LIFE in Likes: **Children's Commissioner Report into Social Media use among 8-12 Year Olds: Children's Commissioner**, 2018, p.16. Disponível em: <https://www.childrenscommissioner.gov.uk/wp-content/uploads/2018/01/Childrens-Commissioner-for-England-Life-in-Likes-3.pdf>. Acesso em: 04. Set. 2021.

MAPLE, Carsten. **Security and privacy in the internet of things**. *Journal Of Cyber Policy*, v. 2, n2, p. 174 Informa UK Limited. 2017. Disponível em: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/23738871.2017.1366536>. Acesso em 03 set. 2021.

MAYO, Ed; NAIRN, Agnes. **Consumer Kids: how big business is grooming our children for profit**. Londres: Costable, 2009, p.132 apud EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.61-62.

MOURA, Tiago Bastos de; VIANA, Flávio Torrecilas; LOYOLA, Viviane Dias. **Uma análise de concepções sobre a criança e a inserção da infância no consumismo**. *Psicologia: Ciência e Profissão*, v. 33, n2, 2013, p.483, apud EBERLIN, Fernando Büscher von Teschenhausen. **Direitos da criança na sociedade da informação: ambiente digital, privacidade e dados pessoais**. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2020. p.55-56.

RODOTÁ, Stefano. **A vida na sociedade da vigilância – a privacidade hoje**. Tradução: Danilo Doneda e Luciana Cabral Doneda. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SOARES, Pedro Silveira Campos. **A questão do consentimento na Lei Geral de Proteção de Dados**. Disponível em: < <https://www.conjur.com.br/2019-mai-11/pedro-soares-questao-consentimento-lei-protecao-dados>.> Acesso em 14/11/2020.

STRAUHS DA COSTA, Roberto Renato. PENDIUK, Fabio. **Direito Digital: O marco civil da internet e as inovações jurídicas no ciberespaço**. 2018. Disponível em: <http://publica.fesprr.br/index.php/publica/article/view/129>. Acesso em 13/11/2020.

UNICEF: *The State of the World's Children 2017: Children in a Digital World*: Germain Ake and Ernest Califra, 2017.p.92. Disponível em: <https://www.unicef.org/reports/state-worlds-children-2017>. Acesso em 04 set. 2021.

VASCONCELOS, Clever. **Curso de direito constitucional** – atualizado até a EC. N. 90/2015. 3ª ed. – São Paulo: Saraiva, 2016.