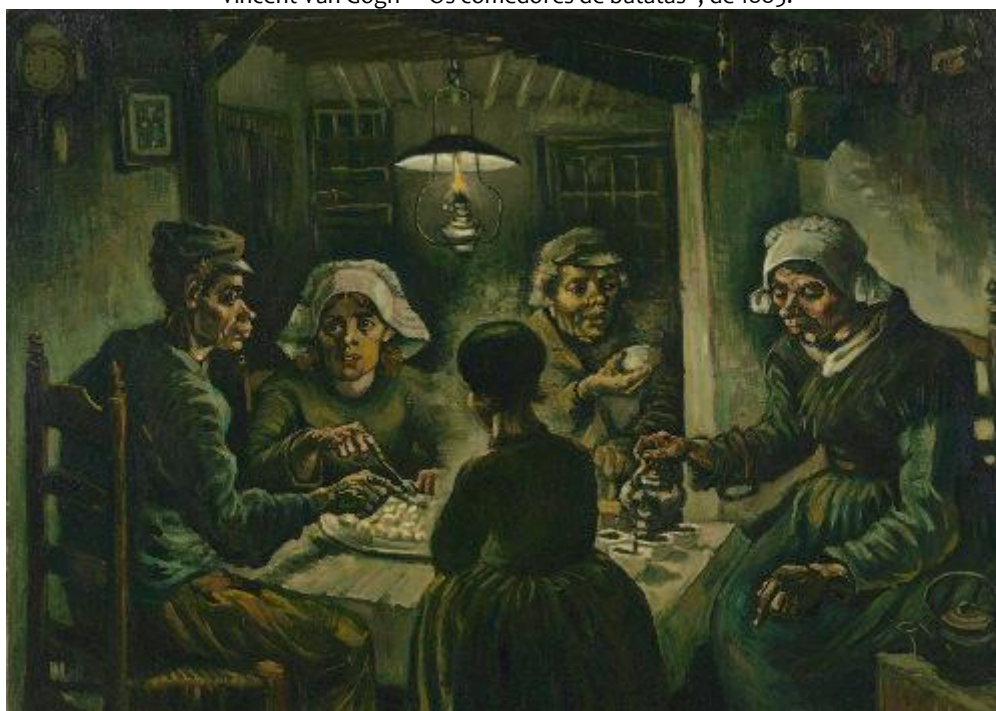


CENTRO UNIVERSITÁRIO IESB

**PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO
MESTRADO PROFISSIONAL EM DIREITOS SOCIAIS E
PROCESSOS REIVINDICATÓRIOS**

Vincent Van Gogh - "Os comedores de batatas", de 1885.



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.5,
n.5, (jul./dez.2018) - Brasília: IESB, 2018.

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)

SUMÁRIO

Almires Martins Machado; Rosalvo Ivarra Ortiz

DIREITO E COSMOLOGIA GUARANI: UM DIÁLOGO IMPRETERÍVEL 04

Alexandre Agra Belmonte

CRUZEIROS MARÍTIMOS: NORMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS APLICÁVEIS ÀS
RELAÇÕES DE TRABALHO 26

Alexandre de Oliveira

SUBJETIVIDADE COMO AUTONOMIA EM SOCIEDADES LÍQUIDAS, UM NÚCLEO DURO 53

José Henrique Ferreira Bona; Douglas Henrique Marin dos Santos

O AUXÍLIO-RECLUSÃO DO PRESO POR NÃO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA E O
SEU IMPACTO FINANCEIRO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BRASIL NO PERÍODO DE
JANEIRO A MAIO DE 2018 87

Karoline Ferreira Martins

MULHERES NO MOVIMENTO SINDICAL CONQUISTAM MAIS DIREITOS PARA MULHERES?
68

Lincoln Simões Fontenele

A VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017:
INDÍCIOS DE UM PARADIGMA PÓS-SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA
PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS 103

Maria Marclane Bezerra Vieira; Raimunda Isabel da Costa Lima Neta

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM FACE DA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO DE
INFORMAÇÕES NA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO 115

Paulo José Leite Farias; Diogo Palau Flores

ESCASSEZ HÍDRICA MUNDIAL E A NATUREZA JURÍDICA DA ALOCAÇÃO DOS RECURSOS
HÍDRICOS NO BRASIL 136

Rafael Mesquita da Rosa

O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA 170

Bruno Paiva Gouveia; Ulisses Borges de Resende

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E AS ALTERAÇÕES PROMOVIDAS PELA LEI 13.467/2017 192

DIREITO E COSMOLOGIA GUARANI: UM DIÁLOGO IMPRETERÍVEL

Almires Martins Machado

Doutor em Antropologia pela Universidade Federal do Pará (UFPA); mestre em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Pará (UFPA); graduado em Direito pelo Centro Universitário da Grande Dourados (UNIGRAN); membro do Núcleo Jurídico do Instituto Indígena Brasileiro para a Propriedade Intelectual (INBRAPI). Pertencente à Etnia Guarani.

Rosalvo Ivarra Ortiz

Mestrando em Antropologia Sociocultural, bolsista da FUNDECT/MS; graduado em Licenciatura plena em Ciências Sociais pela Faculdade de Ciências Humanas da Universidade Federal da Grande Dourados- FCH/UFGD; é membro do grupo de pesquisa do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPQ) GIPEDAS - "Grupo Iberoamericano para Pesquisa e Difusão da Antropologia Sócio-Cultural"

RESUMO

Este artigo versa sobre o Direito Guarani, com a sua principiologia, nuances no trato e subsunção das questões comunitárias. Como dirime os conflitos nos mais diversos campos da epistemologia jurídica, em uma sociedade Guarani. Aborda a importância que a sociocosmologia tem para esse Direito nativo, do qual advém o juízo holístico de pensar/atuar. Desta forma, discorre-se sobre os princípios gerais do Direito Guarani: a solidariedade, reciprocidade e prevalência do interesse coletivo sobre o individual. Apesar de tratar de Direito indígena, o enfoque se detém no direito de propriedade Guarani. Vale-se do aporte teórico sobre o pluralismo jurídico, para sustentá-lo como um sistema jurídico, embora pensado e legislado de forma diferente do Direito nacional. Ao final, adentra-se nos nefastos resultados da intervenção externa, sem os devidos cuidados antropológicos necessários a tais ações, que parte neste caso de quem tem a incumbência jurisdicional de defender o direito e interesse indígena. Explicita a dificuldade que se tem em trabalhar com Direito de povos indígenas, devido à escassez de bibliografia tratando do assunto e porque cada povo indígena tem suas formas próprias de pensar e aplicar as leis, punições ou ações, que podemos entender como jurídico.

Palavras-chave: Direito Guarani-Cosmologia-Propriedade.

ABSTRACT

This paper addresses the right Guarani, with its principles, nuances in conversation and subsumption of community issues. How to resolve conflicts in various fields of law, in a society Guarani. Discusses the importance that traditional religion has for the native law, which stems from the holistic mind. Discusses the principles of law Guarani: solidarity, reciprocity and prevalence of the collective interest of the individual. While dealing with indigenous law, the focus is on the right to hold property Guarani. The value is the theoretical framework of legal pluralism, to sustain it as a legal system, although thought and legislated differently than national law. In the end, enters on the adverse outcomes of external intervention, without due care anthropological necessary to such actions, departing in this case who is in charge of defending the legal right and interest indigenous. Explains the difficulty that has to work with right of indigenous peoples, to the limited literature that deals with it and because each indigenous people has its own ways of thinking and applying the law.

Keywords: Law Guarani-Cosmology-Property.

1. O pluralismo jurídico

A atual Constituição Federal brasileira promulgada em 1988, no *caput* do art. 5º, enuncia “o direito de igualdade de todos perante a lei, sem distinção de qualquer natureza”, indicando que esta é a orientação ao intérprete do direito para que pondere sobre o princípio da igualdade, quando estiverem em questão os direitos fundamentais do homem. Destarte, a República Federativa do Brasil tem como um dos de seus objetivos fundamentais “(...) reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, IV, CF/88). Nesse sentido, o que se busca é a igualdade jurídica, entendendo a igualdade constitucional como aquela ideal para que se viva em sociedade”.

As constituições brasileiras, desde o Império, cuidam da igualdade como a igualdade formal, é a igualdade perante a lei, que pressupõe não dispensar a ninguém tratamento que tenha a pretensão de tão somente nivelar o ser humano, os cidadãos do país, à norma legal posta, e, esta não pode destoar da isonomia. Contudo, o sistema jurídico brasileiro ainda não oferece os “meios legais para resolver todos os conflitos que possam surgir em uma sociedade indígena, assim como não consegue oferecer todos os meios para resolver os conflitos, entre indígenas e não indígenas no seio da sociedade brasileira”.

Nesse diapasão, há necessidade de atentar para o pluralismo jurídico, a outros modos de juridicidade em operação. O direito pode existir sem o Estado, como é o caso dos povos indígenas, que têm o seu Direito próprio e não precisam do Estado para se organizarem em sociedade. A questão é que comumente se identificava o Direito com o Estado e a consequência é julgar os povos indígenas como não tendo Direito próprio, ficando assim explicitado o etnocentrismo jurídico, típico de Estados modernos de origem colonial.

A ideia de pluralismo jurídico é decorrente da coexistência de dois ou mais sistemas jurídicos distintos, ambos dotados de eficácia, ao menos em tese, num mesmo espaço geográfico-temporal. A dificuldade e as divergências surgem quando se utiliza esse conceito para expressar a apreensão do fenômeno jurídico, passando a ser entendido como um sistema jurídico, ou seja, é possível uma decisão contra a lei, mas a favor do Direito; como conjunto de normas é aplicável em tese para reger determinada sociedade e não tiranizá-la.

Há Direitos resultantes de fontes distintas do Estado, da norma positivada, no

entanto vigente, eficaz, havendo ou não aceitação ou reconhecimento estatal, com validade jurídica no seu local de origem, desempenhando a função primordial para o apaziguamento do conflito social, oferecendo soluções práticas, necessárias para se alcançar e concretizar o que se entende por Justiça, quando aplicadas ao caso concreto.

O professor Wolkmer define pluralismo jurídico como:

Multiplicidade de práticas jurídicas existentes num mesmo espaço sócio-político, interagidas por conflitos ou consensos, podendo ser ou não oficiais e tendo sua razão de ser nas necessidades existenciais, materiais e culturais (...). Designa a existência de mais de uma realidade, de múltiplas formas de ação prática e da diversidade de campos sociais com particularidade própria, ou seja, envolve o conjunto de fenômenos autônomos e elementos heterogêneos que não se reduzem entre si. Sua intenção não é a de negar o Direito estatal, mas sim reconhecer que este é apenas uma das múltiplas formas de direito (...). Objetivando a denúncia, a contestação, a ruptura e a implementação de novos Direitos (WOLKMER, 1994, p. 157-158).

Um dos efeitos da concepção do Estado monista, em relação aos povos indígenas, tem sido a sistemática imposição dos princípios e formas de organização em sua vida social que em tudo difere da organização social indígena. Visa o controle das suas formas de aplicação do direito ao caso concreto na solução de conflitos nos *tekohas*. Como o Estado não tem se feito presente nas áreas indígenas, internamente os povos indígenas mantiveram a aplicação do seu direito, modelo próprio de justiça, chamados de “usos e costumes”.

Esse direito é concebido como um conjunto de normas e práticas baseadas na cosmologia, de essência religiosa, estruturado ao longo milhares de anos e aplicado por povos indígenas em lugar do direito estatal ou em conjunto com este.

Nesse raciocínio o pluralismo jurídico passou a ser entendido como uma relação de dominação por parte do Estado e resistência da parte dos povos indígenas. O Estado com seu paradigma jurídico dominante fixam parâmetros para as normas e práticas legais dos povos dominados, que não é outra coisa senão uma imposição.

O antropólogo Roberto Cardoso de Oliveira alerta para as falhas do entendimento e comunicação intercultural afirmando que: “o contexto interétnico em que se dá a confrontação entre essas normas está contaminado por uma indisfarçável hierarquização de uma cultura sobre a outra, reflexo da dominação ocidental sobre os povos indígenas”.

(OLIVEIRA, 1998, p. 175).

Um dos problemas para operacionalizar o pluralismo jurídico ou a existência de múltiplos sistemas de direito em um mesmo espaço é o da delimitação material e formal desses sistemas com o sistema jurídico estatal, tendo em vista que um é puramente oral, no caso indígena, e o estatal é sistematizado, codificado por escrito, com outra principiologia. Isto tem levado à marginalidade esses sistemas plurais, em contraponto ao Direito estatal.

O pluralismo jurídico, a *jus diversidade* é um fato reconhecido pela Constituição Federal de 1988, mas que não é aceito ainda pela sociedade, embora os tribunais já estejam abrindo caminho para a aceitação deste outro modo de pensar o direito. O pluralismo jurídico se apresenta como uma realidade social concreta oferecendo formas alternativas de realização e resolução de conflitos em uma sociedade multicultural, dado que o Estado positivista e ineficaz não tem velado e nem resguardado os interesses e não têm correspondido às necessidades de justiça, principalmente das minorias.

Tem-se que, mesmo não sendo reconhecido, o pluralismo jurídico sempre esteve presente no país, desenvolvendo-se num contexto jurídico pluralista e materializado através de aplicação de outras formas de solucionar conflitos entre as diversas comunidades existentes no território brasileiro, como os povos indígenas, os colonizadores portugueses e os diversos povos imigrantes que vieram para o Brasil. Povos como os holandeses, ingleses, italianos, poloneses, japoneses, os africanos, que formataram as concepções jurídicas pluralistas fruto do multiculturalismo brasileiro.

O pluralismo jurídico torna-se importante neste contexto contrariando a realidade do monismo estatal, buscando primar pela igualdade e por um verdadeiro estado democrático de direitos, um novo marco de juridicidade. Não nega a estrutura do Estado, mas pede o reconhecimento de outras formas de pensar o direito, afirmando que há outras fontes igualmente legítimas e atuantes.

O intelectual italiano Norberto Bobbio, referência para o Direito compreende o fenômeno jurídico a partir de ordenamento, entendido como sistema, um conjunto de normas de uma determinada ordem jurídica positiva. Parte da relação norma-sanção: “a norma jurídica através da sanção e a sanção jurídica através dos aspectos de exterioridade e de institucionalização (...)”. A norma jurídica é definida a partir do ordenamento, esse é o principal argumento da teoria do ordenamento jurídico.

A complexidade de um ordenamento jurídico deriva do fato de que a necessidade de

regras de conduta numa sociedade é tão grande que não existe nenhum poder em condições de satisfazê-la sozinho. A determinação de quais normas são reconhecidas ou não depende, em última análise, do poder originário que a justifica. Esse poder originário é por Bobbio chamado de fonte das fontes.

O fato de ser o sistema complexo não exclui a sua unidade, pois Bobbio aceitando a teoria da construção escalonada do ordenamento de Hans Kelsen, parte de uma estrutura hierárquica de normas inferiores e superiores, tendo ao topo a norma fundamental que não é expressa, mas pressuposta.

Já Canaris define o sistema jurídico como uma ordem axiológica ou teleológica de princípios gerais de Direito, sendo que tal unidade valorativa é sempre material, ou seja, só pode realizar-se numa ordem jurídica historicamente determinada. O sistema jurídico, portanto, caracterizado como um sistema de decisões de conflitos transforma o que seria um mero conjunto ou agrupamento de regras e proposições num organismo coeso e coerente, com valores, princípios e regras, cada um cumprindo sua tarefa, tudo voltado para o fim máximo do direito, que é a Justiça.

Karl Larenz pressupõe que as normas jurídicas são interligadas, parte de uma regulação mais ampla, motivo pelo qual toda interpretação leva em consideração uma rede de significados, o contexto e sua função no caso concreto. O ordenamento jurídico está subordinado a princípios; verdadeiras diretrizes pautadas em valores para o qual todo o sistema converge a fim de encontrar a devida harmonização.

Para Arthur Kaufmann, é necessário estabelecer o que se entende por Justiça. Na opinião deste autor, o principal é o homem e a ideia de direito é secundária. Contudo, diz que existe um consenso alargado no sentido de que a ideia de Justiça é o mais elevado valor do Direito.

Quanto ao conceito de justiça, diz que não é algo definido exatamente ou conclusivamente. Justiça, para o autor, é um conceito fundamental, absolutamente irreduzível, da ética, da filosofia social e jurídica, bem como da vida política, social, religiosa. Segundo o entendimento filosófico e ideológico, a justiça surge como a segunda das quatro virtudes: 1) prudência, 2) justiça, 3) coragem e, 4) temperança.

Considerando a dificuldade de conceituação do pluralismo jurídico, do sistema jurídico, do que é Direito, justiça, dado o fato que são inúmeras as teorias a respeito desse assunto, a seguir se descreve como o Direito Guarani é estruturado.

2. O direito guarani

Uma falsa compreensão dos não indígenas é entender as sociedades indígenas como homogêneas/harmônicas, esquecendo que cada etnia possui a sua particularidade, língua, cultura e forma de organização social. Trata-se de um todo, em que nada é dissociado, há uma indivisibilidade, ou seja, o sistema jurídico, a religião, a política interna, as práticas sociais, a sua cosmovisão, funcionam como um todo, como círculos que se tocam e se afastam constantemente, sendo praticamente impossível isolá-los, estão intrinsecamente ligados. Portanto, a divisão que será utilizada a seguir é um mero recurso didático, para facilitar a compreensão e análise.

É um Direito de tradição oral, não se encontrará um Direito “autêntico”, arcaico, entretanto, muitos dos seus institutos se fazem presentes nas relações internas e externas com outras comunidades Guarani, como no caso do direito civil e penal.

Todo o Direito Guarani é norteado pelos princípios da valoração de direitos coletivos, em detrimento dos individuais. Por assim indagar, é marcado pelos princípios da responsabilidade coletiva, da reciprocidade e da solidariedade. Ao caráter jurídico assomam-se modos de coerção que induzem e asseguram o respeito às regras do convívio social em comunidade; não sendo os Guarani por elas “escravizados”, mas a observância mantém o equilíbrio da convivência, através do respeito à tradição. Ademais elas são reforçadas pela cosmologia, que a cada momento instiga o Guarani a voltar sua atenção para esses princípios que são a base para uma convivência pacífica.

As regras de Direito têm a sua gênese no tempo mítico, dos heróis, do Deus da criação; a sua força reside na religião professada, por isso o Guarani não se atreve a desrespeitar os tabus, provocando o castigo dos entes da natureza, pois as consequências poderiam ser aterrorizantes, não só para o indivíduo autor do ato, mas para toda a comunidade. O maior temor é desaparecer enquanto ser vivo, porque o povo pode ser destruído pela ira dos espíritos que repousam nos planos celestes.

Ocorrendo uma infração grave, não haveria mais condições de equilíbrio psicológico ante a eminência de um cataclismo; a solução estava na própria religião tradicional. O direito e a religião estão intimamente associados. Ainda que não houvesse tribunais como os que

se vê nos dias atuais, nem a codificação das leis, pois eram povos ágrafos, o direito e a justiça se apresentavam diante do caso, para dirimi-lo; isso ocorria nos *Aty Guassu* (grande assembleia), convocado toda vez que ocorria um desequilíbrio na harmonia do convívio social. Os preceitos desse ordenamento gravitam em torno do ser Guarani, por isso a melhor tradução do termo Direito é a expressão *Nhande Repy* (nosso preço). Assim, o delito quase sempre não era outra coisa senão uma transgressão ao preceito religioso e o juízo é de cunho holístico, como será demonstrado adiante.

O Direito indígena está umbilicalmente ligado à prática cultural de cada povo indígena, aos princípios de convivência aceitos e professados por todos na comunidade, razão de ser estável. É uma práxis nascida do consenso social, modificando-se na própria práxis.

São esses princípios que norteiam a moral comunitária, tabus e mitos, que cerceiam e redirecionam a convivência social ao plano do equilíbrio e quando então ocorre um desequilíbrio, esses princípios são direcionados a sanar a ruptura havida, para que tudo volte ao estado da normalidade, isto graças à existência de um sistema jurídico, que regulamenta a vida em comunidade.

A dificuldade de apreender o Direito Indígena está na forma como é concebido, em ser reconhecido como o Direito do outro, oferecendo um lugar à alteridade, é um diálogo de saberes que deve ser entendido como intercâmbios de epistemologias, como uma necessidade coletiva da qual todos nós necessitamos mutuamente e cada parte é um ente inacabado.

Toda a previsão do Direito indígena vem acompanhada de uma respectiva sanção, seja moral ou social, pois “o funcionamento do Direito Indígena baseia-se sobre uma trilogia de fundamentos: o moral, o social e o jurídico, princípios que podem ser analisados pela perspectiva enunciada por Bobbio”.

Sempre houve no sistema jurídico indígena, procedimentos com medidas inibidoras e os procedimentos com medidas punitivas. O primeiro ficava no âmbito do fuxico, que, ridicularizando o indivíduo, o inibe; o segundo nasce com a sentença prolatada no *Aty Guassu*, mas poderia ser ditada pelo conselho do *Tekoha* (nosso lugar de morar), caso fosse de menor potencial ofensivo.

Os povos indígenas têm claros os limites do que são costumes e o que é lei; por essa razão o sistema jurídico no seio do povo indígena não sofre transformações drásticas,

embora tenha sofrido influências na convivência com o colonizador. O fato de ser razoavelmente estável no tempo decorre do modo de ver e pensar o mundo a partir de outros valores que não correspondem ao modo ocidental de ser, e, em segundo lugar, esse Direito alicerça-se nos valores espirituais. O Direito, o sistema jurídico, está imbricado no sagrado, na espiritualidade. Parafraseando o “Direito achado na rua,” tem-se aqui o “Direito achado nos *Tekoha*”, gerado em outra forma principiológica; é essencialmente um Direito axiológico.

O Direito indígena não é impositivo, mas cria na voluntariedade a lei e a ordem. As características que permeiam os sistemas jurídicos indígenas estão na produção coletiva do Direito e no controle social sobre o mesmo.

O poder está na e é da comunidade, que aplica os princípios e controla o resultado social referente à sua observância ou não. “É um direito que nasce com a vida, com o ser de um povo e que é fruto de uma prática diária (...), o jus indígena está no pensamento cosmogônico, que não separa o saber do agir, a análise da conclusão, a realidade da proposta”.

3. O Aty Guassu

Os passos trilhados no exercício do campo de pesquisa possibilitaram uma reflexão maior acerca do *Aty Guassú*, uma categoria jurídica do povo Guarani.

A instância na qual ocorre a aplicação do Direito é chamada de *Aty Guassu* (grande assembleia); ordenamento jurídico originado nos mitos, na religião e nos princípios que norteiam o modo de vida e a relação do Guarani com a natureza. É aqui nominado de ordenamento jurídico-religioso-político. Jurídico-religioso no primeiro momento, a que chamamos de *Aty Guassu tekoha* e no segundo momento, *Aty Guassu Joa*. A aplicação do direito guarani encontra-se dividida em três momentos: *aty guassu nhande repy*, *aty guassu tekoha* e o *aty guassu joa*. Tal divisão é utilizada para discorrer de forma pertinente sobre a grande assembleia e sobre os momentos que se sucedem na mesma.

Entendo ser esta a maneira pertinente de dissertar a respeito do conteúdo do *Aty Guassu*, procurando contemplar o olhar de quem integra o momento jurídico-religioso, lembrando que esta divisão não existe, é mero recurso didático.

O *Aty Guassu* é uma instância de subsunção do direito Guarani, por isso sua aplicação

se processa no espaço do *Tekoha*. Valemo-nos do princípio do pluralismo jurídico e das orientações normativas, como a Convenção 169 da OIT, a Constituição Federal brasileira e a Declaração Universal dos Direitos Indígenas, aprovada pela ONU em setembro de 2007, para argumentar a favor da aplicação do sistema jurídico Guarani.

As lideranças indígenas têm utilizado diferentes espaços e acionado suas comunidades em momentos específicos da vida Guarani para a realização deste evento. Mais que uma expressão do modo de Ser Guarani, é sua essência de ser pensante, sujeito de direito, que sabe onde, quando e como resolver os seus problemas; para isso quer tão somente o respeito a sua forma de pensar e de tomar decisões.

4. O direito penal indígena guarani

Ainda não é pacífica a aceitação da existência de um direito penal indígena. Os primeiros levantamentos sobre o assunto, os estudos direcionados na intenção de “descobrir” esse direito, apontam para a sua existência; seus significados não se ajustam ao preceituado no conceito referente a um código, como por exemplo, o código penal brasileiro.

Se entendido como tal, seria um código com um número exíguo de condutas graves, capazes de provocar a comoção da comunidade a ponto de ser convocado o *Aty Guassu*, no entanto havia um sem-número de infrações de menor potencial ofensivo, resolvidas pelo chefe de família grande ou quando levado ao chefe político, religioso ou ao conselho dos velhos, estes a subsumiam ao direito guarani, decidindo-o de imediato. Essa subsunção da norma é marcada pela celeridade, na sua aplicação ao caso concreto, não poderia o que sofreu uma ação má voltar para casa sem uma resposta do direito Guarani.

Há normas pré-estabelecidas na comunidade definidoras do que vem a ser o delito e como restabelecer o equilíbrio social causado pela não observância do preceituado nas regras de direito da comunidade em questão. Os delitos ameaçavam a paz social, a própria existência como ser humano, dependendo do tipo de transgressão cometida, ameaçava a coesão sócio-política e religiosa do grupo.

O comportamento antissocial sempre foi severamente punido, o que estava em jogo não eram somente a conduta do réu e sim o equilíbrio político, social e psicológico de todo o grupo que poderia até mesmo desaparecer, devido à transgressão cometida, seja ela

individual ou grupal, portanto a coação física era imposta pela liderança de cada *Tekoha* por meio do seu conselho de anciãos.

Para cumprir a pena prolatada, havia uma força instituída para tal que era denominada de soldados ou *Tembiguais*, estes eram os encarregados de cumprir a sentença fosse ela qual fosse.

A lógica do convencimento da pena seguia o círculo da causa e efeito, intimamente ligados à dualidade vida-morte, inseparáveis na cosmologia guarani.

5. O direito penal público

A postura, ações e comportamentos atingiam as pessoas da comunidade em seus sentimentos, honra interesses de ser Guarani, qualidade de guerreiro, bom orador, causado por um de seus membros. Ser o autor de ações que envergonhassem os demais, atingindo não só uma pessoa, mas a todos, era algo que não podia ficar impune.

A pena em alguns casos poderia ser uma censura advinda de todas as pessoas da comunidade. O exemplo clássico é a covardia de um guarani diante de uma situação que lhe exigisse coragem e bravura; isso expõe todos da sua comunidade a uma ridicularização pública, então a censura é aplicada por todos do grupo, e em qualquer outra comunidade aonde o autor porventura vá, ou onde a notícia do caso chegue, o estigma de ser covarde o acompanhará. A vergonha sentida por seus familiares é tanta que acabam se mudando para outro lugar do território ou para outra comunidade distante, evitando constrangimentos.

6. O direito penal privado

Um dos motivos de na ocupação territorial Guarani, as habitações serem distantes umas das outras é que as desavenças ocorridas no núcleo familiar sejam ali mesmo resolvidas, sem a inconveniência de envolver outras pessoas; uma queixa apresentada pela vítima ou prejudicados por via formal, como se fosse um boletim de ocorrência oral, poderia chegar ao conhecimento do *Mburuvixa* e este, juntamente com o conselho, sopesariam o caso inquirindo as testemunhas oculares do fato, podendo então prolatar punição ou a compensação do fato, conforme sua gravidade.

Quase sempre na desavença ocorrida, na briga propriamente dita, em que se

chegava às vias de fato, não havia interferência dos demais no intuito de separar ou apaziguar. Se um procurou confusão, se quer brigar, é porque vai assumir todas as responsabilidades decorrentes do seu ato.

Às desavenças familiares, sempre se fazia vista grossa ao fato, no entanto quando era gravíssimo poderia provocar uma ruptura no grupo e nascer um descontentamento a ponto de a comunidade se dividir em duas, cada qual seguindo o seu líder.

A vingança privada era o meio de se evitar a responsabilização coletiva pelo crime e objetivava evitar o confronto entre famílias; por essa razão, havia a convocação do *Aty Guassu*. Nessa grande reunião, os atos delituosos eram sopesados por todos e durante longo tempo se deliberavam as possíveis penas a serem aplicadas ao caso concreto. Essa convocação tinha o caráter de extraordinária urgência e requeria celeridade, pois a solução da lide não podia esperar.

Tal situação não era regra entre os familiares ou entre os parentes da mesma linhagem, âmbitos nos quais não havia reprimendas das lideranças em razão de que a pessoa autora do ato seria punida pela indiferença dos seus parentes próximos, algo como um ensaio da morte social ou da exclusão social. Por onde quer que fosse seria acompanhada do estigma de encrenqueiro, brigão, vergonha da família.

Quando uma ofensa ou um crime é praticado por membro de uma família contra membro de outra família do *Tekoha*, poderia ocorrer a vingança como meio reparador para retorno do equilíbrio após a ruptura no círculo do convívio social. Assim, evitava-se o conflito declarado entre famílias grandes. Diferentemente do que ocorre fora dos *tekohas*, uma morte punha um ponto final em um problema havido na comunidade. É claro que com a aproximação dos centros urbanos e a influência explícita de segmentos da sociedade não indígena, têm-se transformado muitos costumes na comunidade.

6.1 Tipos de penas

O Direito aqui referido sempre foi atuante no seio das comunidades do povo Guarani; não é entendido como um meio de apenar o indivíduo, mas de sanar uma ruptura ocorrida no círculo da existência do Ser Guarani, onde o equilíbrio foi posto em risco e as consequências nefastas podem alcançar todos.

Há dois tipos de penas que coagem ou procuram inibir as ações reprovadas pela comunidade, atuando como controlador social:

a) as *coaçoões inibidoras* são aquelas que levam o indivíduo a ser ridicularizado, exposto ao escárnio público, à humilhação, ao desprestígio, deixa de ser *Avaete*, é a desqualificação de não ser possuidor de boas palavras. O meio eficaz da disseminação desta coação é a instituição do fuxico.

b) a *coaçoão punitiva* varia de intensidade, conforme a gravidade do caso, podendo até ser decretada a morte social. Dentre as penas que poderiam ser inculcadas ao infrator estão à expulsão, o degredo, a prestação de serviços comunitários, a compensação por danos causados a terceiros em forma de prestação de serviços, castigos corporais como o chicoteamento e em último caso a pena de morte.

No caso da morte social, do isolamento do indivíduo ou a cassação dos seus direitos civis de membro da comunidade, manifesta-se de modo que todos o ignoram, não lhe dirigem a palavra, o olhar, não lhe cumprimentam, não lhe oferecem alimentos ou abrigo, perdia todos os direitos a uma vida familiar, tornava-se muito mais que um pária perante a sociedade comunitária.

De acordo com Gonzaga:

Nos casos menos graves, a reação consistirá em mera sanção moral, gerando difusa reprovação da coletividade. Nos mais sérios, poderá haver uma sanção ritual, que torne o indivíduo impuro, com perigo para si próprio e para os que com ele mantenham contato, o que gera às vezes o seu apartamento da comunhão social; ou se chegará a verdadeiros castigos, de variada qualidade, como sanção retaliatória. Em se tratando de delitos privados, os povos mais atrasados deixam à discrição da vítima responder à ofensa e até mesmo a compelem a assim proceder, sob pena de desonra (GONZAGA, 1993, p. 37).

Embora o autor se aproxime do que seria o direito penal indígena, deixa transparecer a ideia etnocêntrica de julgar mais desenvolvido ou atrasado, ideias prevalentes em seu tempo. Hodiernamente é sabido que há diferentes formas de pensar e que as lógicas são diferentes de acordo com cada povo. Cada comunidade indígena tem o seu modo próprio de entender o que é o delito e como apená-lo, suas formas de punir variam de acordo com a gravidade do ato praticado.

6.2 A responsabilidade penal

Quando ocorre um fato ou um ato é praticado de cunho eminentemente criminoso, de acordo com a lógica Guarani, não se procura entender a causa ou as causas, mas procurara-se investigar o ponto de partida para a prática do ato, sua origem. Quase sempre uma conduta é resultado de como o indivíduo se comportou perante as forças espirituais, seu comportamento pode ou não provocar a ira dos espíritos ou ainda a prática incipiente das artes mágicas pode levar à invocação de forças da natureza que até então estavam adormecidas e os efeitos desse ato são percebidos e suas consequências maléficas podem causar danos a todos da comunidade.

Em geral não há distinção entre o dolo e a culpa, o que vai pesar mesmo é o alcance das consequências do ato praticado, pode acontecer que a pessoa foi induzida a erro, a cometer o delito por meio da influência de forças espirituais, nesse caso não conta a intenção; ocorre que, se causou grandes danos, a não intenção pode ser agravante, em se comprovando que o indivíduo na sua curiosidade provocou a ira dos espíritos, das forças da natureza, isto em se tratando do mundo espiritual influenciando o mundo terreno.

No caso que envolve embriaguez, alterações de comportamento, do emocional, não são alegadas como excludentes de culpabilidade; o indivíduo ao beber ou ter alterações de humor sabe que podem ocorrer consequências danosas, portanto não procede a alegação em sua defesa o fato de estar sob o efeito do álcool.

É nesse âmbito que poderia ocorrer à vingança privada, pois sempre paira a sombra do espectro do mal sobre a família da vítima e a simples ideia de ter que enfrentar o *Anguere* faz qualquer guarani entrar em pânico.

A punibilidade não se extingue pela prescrição, cessa somente quando alcança o autor do ato infracional, ainda que para isso o tempo transcorra longamente, lembrando que as sentenças prolatadas no âmbito do *Aty Guassu* são revestidas da extraterritorialidade da norma e qualquer guarani pode cumprir a sentença em relação ao condenado.

7. O crime contra o patrimônio

Ao longo da história Guarani predominou o coletivo sobre o individual, sendo a propriedade particular limitada e nas comunidades guaranis de outrora tudo ou quase tudo

era de todos e os produtos da natureza abundavam, não havia a necessidade de furtar, embora estes casos ocorressem ocasionalmente.

Em se tratando de comunidades pequenas, cada família tem a sua marca registrada, seu selo particular de identificação, ocorrendo um furto era fácil identificar com quem estaria o objeto e assim denunciá-lo às lideranças do *Tekoha*, estas providenciavam em reunião com o conselho de anciãos, o julgamento e a aplicação da pena ao autor do furto. A pena poderia consistir na devolução do objeto furtado, compensação ou ainda a aplicação de chicoteamento.

Não havia na comunidade guarani a ideia de propriedade tal e qual concebida pelo espanhol e português; por esta razão o princípio da solidariedade sempre esteve vivo e atuante, socorrendo aqueles que precisavam de ajuda, que se manifestava de forma espontânea.

8. O crime contra o indivíduo

Há diferença marcante no direito indígena guarani. Em se tratando de crimes, antes de qualquer coisa, a própria ideia de delito não é a mesma do entendimento ocidental, portanto as condições em que o fato ocorre são determinantes para que seja considerado como delito ou não.

Os casos de homicídio e lesões corporais graves quase sempre eram julgados pelo *Aty Guassu*, porém havia casos em que a família preferia deixar o tempo transcorrer, em se tratando de homicídio decorrido em virtude de rixas, resolvendo-se na vingança privada, na qual se poderia utilizar armas ou então o feitiço.

As brigas que aconteciam por motivos fúteis, ou não, por vezes poderiam acabar em morte, neste caso são levados em conta os fatos que levaram ao ato, podendo ir de uma reprovação geral e ser apenado na censura pública ou ainda quem ficou vivo fica à mercê do julgamento da família da vítima, absolvendo-o ou pedindo a sua condenação ao conselho dos velhos.

Embora o duelo fosse comum, sua incidência maior ocorria nas festas, sendo pelos mais variados motivos, como os casos de difamação de alguém da família e nesse caso quase sempre era uma mulher a difamada; a difamação poderia ser estendida a toda a

família, caso em que a ofensa atenta contra a honra das mulheres, da honra pessoal, honra da família.

Aconteciam os duelos com ares de espetáculo, que objetivava restabelecer o prestígio social do indivíduo, da mulher, da família injuriada; poderia ou não terminar em morte. É possível que no passado não houvesse sanções contra esse tipo de comportamento, hodiernamente é considerado como delito grave, julgado pelas lideranças políticas do *Tekoha*; a sanção vai de simples prestação de serviços à família da vítima ou ser apenado ao degredo.

As brigas, desavenças havidas entre casais, na maioria dos casos era resolvida no âmbito da família, porém se houvesse violência explícita chegava ao conhecimento das lideranças por meio de uma denúncia da vítima e o agressor era chamado e apenado. Quando não havia denúncia da vítima, esta aguardava o momento propício e se vingava das agressões sofridas, poderia ainda trocar de companheiro ou simplesmente deixá-lo.

Quanto ao aborto, não havia restrições a esta prática, a gestante dispunha de liberdade de vontade sobre o seu corpo, isto se dava em razão de uma gravidez indesejada ou ainda para demonstrar o descontentamento com o companheiro. A liberdade sexual era uma constante nos *Tekohas*, razão de um crescente número de mães solteiras e o(s) filho(s), ficava(m) sob os cuidados dos avôs.

A morte de crianças era praticada no passado em algumas situações, para tanto é preciso levar em conta o modo como o guarani entende a vida: como aquela que inicia com o nascimento e a posteriori adquire força vital, por meio dos rituais. O nascimento estava envolto em uma série de preceitos religiosos que deveriam ser seguidos à risca e após o nascimento havia um intervalo de idade entre um filho e outro, para garantir o seu crescimento e educação.

O nascimento de gêmeos não era aceito, estes eram mortos em razão de se acreditar que um deles seria extremamente mau, dominado pelos espíritos ruins e como não se sabia qual deles seria, então os dois morriam. No caso de crianças órfãs, elas são adotadas por famílias interessadas em ter filhos.

Hodiernamente, na totalidade das aldeias não se atenta mais contra a vida das crianças, seja qual for a circunstância, porém surge outro problema social, como oferecer o bem estar a essas crianças que nascem portadoras de necessidades especiais, sejam físicas ou mentais? O Estado não chega às terras indígenas com o seu braço protetor. A situação

agrava-se ainda mais em comunidades onde a terra não oferece mais condições de sobrevivência, ficando tais pessoas à mercê dos programas sociais do Estado, pois estas não têm como prover o seu alimento.

9. O crime contra a família

Nos *Tekohas* Guarani sempre houve plena liberdade sexual, a mulher dispunha de seu corpo de acordo com a sua vontade, não havia a ideia de preservar a virgindade até o casamento. Após a união conjugal é que havia o dever da fidelidade; no meio social Guarani, adultério é tanto do homem como da mulher e normalmente as brigas dos casais ocorrem em função da desconfiança de infidelidade.

Se as brigas são uma constante, causadas pela desconfiança da mulher, conseqüentemente o homem abandona a sua casa, deixa sua companheira e filho(s), dirige-se para outro *Tekoha* e lá constitui nova família.

No caso do homem que desconfiava da infidelidade de sua companheira, ela poderia abandoná-lo a qualquer hora se assim lhe conviesse. Em se tratando da infidelidade do homem, a postura da mulher em relação ao mesmo era idêntica, poderia perdoar, repudiar ou abandoná-lo.

Em caso flagrante de adultério, poderia ocorrer um duelo, porém o mais comum era aplicar uma surra na mulher e repudiá-la, no entanto o perdão ocorria e o episódio era esquecido. Havendo reincidência ela era expulsa de casa.

Um ato imperdoável considerado gravíssimo era o incesto. Este atentava contra os preceitos da religião, provocando os malefícios do mundo sobrenatural, ameaçava toda a comunidade. O parentesco determinava toda uma linhagem de consanguinidade, o que era determinante em uma comunidade guarani, por essa razão o incesto era apenado com a morte.

10. O direito civil

Por muito tempo não se aceitou a existência de um direito entre os povos do novo mundo. Esta ideia era reforçada pelas teorias dos que então estudavam os povos indígenas com os quais tinham contato, nascendo então, na visão etnocêntrica, certo consenso de que estes povos não tinham “fé, nem lei, nem rei”, pelo fato de que na língua guarani não

havia o uso das letras F, L, R.

Embora no passado tenha se considerado os povos ágrafos sem direito, Gilissen, contrariamente à maioria, afirmava que estes povos: “Já haviam percorrido uma longa evolução jurídica, como na instituição do casamento, o poder paterno, materno sobre os filhos, a propriedade (pelo menos a mobiliária), a sucessão, a doação, diversos contratos como o empréstimo”. (GILISSEN, 2003, p. 31).

O direito guarani é norteado pela reciprocidade (há prevalência do coletivo sobre o individual) e a solidariedade. O interesse da comunidade é que prevalece, sempre que possível haverá uma composição.

11. A família

Toda a rede de relacionamentos e composições políticas tem por base a família, interligada pelas relações de consanguinidade, afinidade ou as alianças políticas; pertencer a uma família é praticamente uma condicionante para existir. É inconcebível a estabilidade emocional e social sem esse pertencimento, pois sem ele não se constitui um ator social. É a partir da família que todas as relações do direito se desenvolvem.

Dessa rede de relacionamentos é que surgem os casamentos, com estes os diversos graus de parentela, que por sua vez estão ligados diretamente na formação das relações econômicas (nos graus de reciprocidade a ser dispensada a um indivíduo), jurídicas e as tramas do poder político, aliado ao poder religioso.

O casamento representa uma importância vital para que o grupo se mantenha unido, coeso; é essa instituição que dá suporte à fluidez dos mecanismos sociais de controle sobre o poder político e o religioso. Embora haja relatos de que havia no passado a poligamia, se houve, hoje não existe mais essa prática.

Comumente a família grande tinha na sua composição uma linha que unia do mais velho ao mais novo. No passado seu espaço era representado pela casa comunal, que comportava um grande número de famílias sob o mesmo teto, formando uma unidade. Hodiernamente não há essa formação única, mas várias casas nucleares em torno de outra, que geralmente é do chefe do grupo familiar.

Essa composição quase sempre seguia o princípio da matrilocidade, ocorrendo

também casos de patrilocalidade¹³², cada caso era interpretado de acordo com o prestígio principalmente do noivo, este permanecendo na ou próximo da casa dos pais. O poder familiar, ou melhor, a influência dos pais nas decisões dos filhos, tem o seu peso, político e jurídico.

No passado era comum o guarani viajar de um *Tekoha* a outro em busca de um casamento, esse costume ainda perdura nos dias atuais. No passado aquele que se tornou o novo membro da família por meio do casamento, deveria demonstrar ser bom caçador, pescador, fazer armadilhas; expunha dessa forma ter qualidades e condições de sustentar uma família. A reciprocidade tem aí o seu viço prático, o genro assume tarefas para com o sogro e a sogra, como é o caso de cuidar das roças.

No tocante à administração da economia doméstica, concordamos com PEREIRA quando afirma que:

No geral a responsabilidade é das mulheres. O compromisso feminino socialmente estabelecido com o bem estar dos integrantes do fogo favorece, segundo a concepção Kaiowá, uma administração mais racional e previdente dos recursos, enquanto os homens tendem sempre ao excesso e ao esbanjamento. Se depender da maioria dos homens, o dinheiro é gasto com demonstrações públicas de generosidade e de status econômico. É por isso que as mulheres procuram circunscrever a participação do homem na economia basicamente enquanto produtores, o dinheiro ganho deve ser destinado à mulher, encarregada da compra e distribuição dos produtos, quando os homens no final da cadeia como consumidores de produtos distribuídos pelas mulheres. (PEREIRA, 2004, p. 74).

O casamento ainda é uma instituição instável, podendo ser extinta a qualquer momento, principalmente entre as uniões de jovens. Com o fim do casamento é provável que findem as redes políticas, acordos entre famílias, nesse caso as alianças podem ou não subsistir ao fim do casamento.

Reivindicar a pertença a um grupo familiar, seu laço de parentesco, é uma forma legítima de adentrar em uma rede de relações do *Tekoha*; ao ser reconhecido como membro da família, inicia os deveres e obrigações recíprocos advindos dos laços consanguíneos de pertença.

Pessoas fora do círculo genealógico podem ser aceitas como parentes, e estes têm o dever de assumir uma postura como se fosse real o seu signo de pertença, deve esquecer a sua condição primeira e do momento do aceite em diante passam a ter associado

a si o nome e o prestígio da família a qual passou a pertencer e a esta tem o dever da solidariedade, reciprocidade, compromisso de pertença.

Ainda pereira afirma:

Além do parentesco, a amizade e o companheirismo- *iñirunkuera* – são ingredientes importantes na constituição de redes de alianças, principalmente entre as lideranças das parentelas que constituem uma espécie de elite política, estrategicamente dispersas por várias parentelas e reservas. Por disporem de maior mobilidade, os membros dessa elite participam com frequência de reuniões políticas, viagens, re-ocupações, rituais religiosos, etc., e, não raramente, estas relações de amizade e companheirismo evoluem para o compadrio ou para as trocas matrimoniais, selando alianças mais permanentes e transformando essas pessoas em parentes reais. É claro que isto constitui uma tendência e não uma prescrição. (PEREIRA, 2004, p. 122).

Não é somente o desejo de ter uma família que impulsiona o indivíduo a obter uma pertença de consanguinidade, o prestígio sempre está presente delineando o valor e a influência que uma família possui.

A separação ocorria pelos mais diversos motivos, como o não provimento do sustento da família, a incompatibilidade de gênios, adultério, um dos cônjuges ter idade avançada, ciúmes em excesso, esterilidade, instabilidade emocional. As acusações de falta de romantismo, não dar atenção ao cônjuge, ser indiferente àquele (a) com o qual se convive, a promiscuidade nas relações ou a infidelidade explícita, potencializavam a separação.

A guarda das crianças, quando houver, pertence à mãe, no entanto quando a criança já tem um discernimento mais apurado pode optar em ir morar com o pai ou continuar com a mãe; nos casos de separação dos casais com consequente estabelecimento de outro matrimônio, em grande parte das vezes o destino da prole é ficar com os avós maternos, constituindo-se assim a figura do *guacho*¹³⁶. A filiação não destaca a diferença entre filhos de um casamento e de outro casamento, o reconhecimento ocorre a ambos assim como aos que são “adotados”, são filhos legítimos. Quase sempre na separação todos os bens ficam para a mulher e os filhos, a casa e todos os pertences que nela há; ao pai cabe a obrigação de prover o sustento dos filhos que ficam sob a guarda da mãe, porém isso não é regra.

No passado havia o costume do *couvade*, ou seja, o resguardo paterno após o nascimento do filho(a), todos os cuidados relativos à mãe se estendem ao pai, que é uma

marca registrada de reconhecimento da paternidade, essas prescrições são em razão da segurança e saúde da criança. Esse período perdurava até a queda do cordão umbilical, o pai estava proibido de ir caçar, andar no mato, trabalhar. Certos tipos de alimentos eram proibidos de serem consumidos e se deveria estar sempre alerta, para a segurança espiritual e material do recém-nascido. Nos dias atuais este costume já não é observado com assiduidade.

12. A propriedade

A propriedade era entendida como sendo a de cunho coletivo dos bens como o ar, a terra, água e os recursos naturais. A propriedade privada hoje abarca tudo o que é adquirido com o trabalho assalariado.

Embora seja prevalente a ideia do coletivo, prevalece à noção do privado em relação à posse da terra nos dias atuais. Cada família nuclear tem o seu lote, administrado por seu possuidor sem a interferência de terceiros, dela dispõe como melhor lhe convier, considerando o viés da autonomia.

O trabalho assalariado tem permitido às famílias acumularem em bens móveis duráveis, exteriorizando a assimilação da noção de direito privado. As pessoas exibem os bens adquiridos como sinal de poder, que se transforma em influência e muitos dos bens adquiridos serão futuramente produtos de barganha entre a força de trabalho de outrem e o bem em questão.

Considerações finais

A maior dificuldade em discorrer sobre o Direito Guarani reside exatamente em que a sua valoração não segue a lógica do não Guarani, a sua estruturação segue outro modo de pensar, razão pela qual o conhecimento indígena é acusado de não ter epistemologia. No entanto essa epistemologia reclamada é de quem e para quem? Pensada com que lógica? Construída com quais princípios e para qual finalidade?

O que está exigindo reflexão e esforço dialético e hermenêutico é o embate do novo

(moderno), com o velho (tradições) ou o que permanece e o que muda? Foi exatamente com essa preocupação que a dissertação foi desenvolvida, embora tenha sido uma construção coletiva da qual participaram as mais diversas lideranças com sugestões de como escrever; ela não se direciona a indígenas, mas também aos não indígenas, portanto deveria ser de fácil assimilação.

Ademais, a abordagem do assunto aqui tratado é desaconselhada pelos mais velhos, mesmo diante da necessidade de se falar sobre tal, o que dificulta ainda mais a construção do raciocínio sobre o Direito Guarani. A outra dificuldade está em como costurar esses princípios quando o Kaiowá e Guarani têm usos e costumes que por vezes são similares, mas não iguais.

A construção da escrita passou pelo breve histórico de como se iniciou a RID, em razão de muitos pesquisadores se equivocarem na afirmação de quem começou a ocupação da terra que hoje é o *Tekoha*. Tal confusão acirra as desavenças internas agravadas por uma tendência a ser partidário de uma etnia em detrimento de outras duas que formam a atual população do *Tekoha*.

Em toda comunidade indígena, mesmo sendo pequena, haverá dissensões e diferenças de pensamento, porém quando isso é tratado pelos próprios membros, há como se consensuar uma solução; ainda que haja uma fragmentação da comunidade em duas, tem-se uma solução para o problema.

Sempre haverá conflitos, pois na própria RID as três etnias foram instigadas por influências externas a esquecer o contrato interétnico e atropelar as convenções internas há muito consensuadas.

Portanto, O *Aty Guassu* tem se tornado na atualidade para o povo Guarani um momento em que é possível reinterpretar seus direitos internos e reafirmar seu modo de ser perante a sociedade nacional. É o momento em que chama a atenção das autoridades para os problemas que assolam os *Tekoha* e que não são levados em consideração no momento de se elaborar as políticas públicas, desmerecendo a hermenêutica e a dialética da construção cultural e social.

Referências

Brasília, 1995.

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

CANARIS, Claus-Wilhelm. O conceito de sistema. In: **Pensamento Sistemático e conceito de sistema na ciência do direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1996.

GILISSEN, John. **Introdução histórica ao direito**. 4. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2003.

GONZAGA, João Bernardino. **O direito indígena - à época do descobrimento do Brasil**. São Paulo: Max Limonad.

KAUFMANN, Arthur. A idéia de direito – A justiça como igualdade (justiça comutativa) – Justiça e equidade. In **Filosofia do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2004.

LARENZ, Karl. **Metodologia da Ciência do Direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1983. Capítulo VI – A formação do conceito e dos sistemas na jurisprudência.

MOREIRA, Manoel. **La cultura jurídica guarani**. CEDEAD, 2005.

NADER, Paulo. **Introdução ao estudo do direito**. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

NIMUENDAJU, Curt. **As Lendas da Criação e Destruição do Mundo como Fundamentos da Religião dos Apapocuva-Guarani**. São Paulo: HUCITEC e EDUSP, 1987.

OLIVEIRA, Roberto Cardoso. **O trabalho do antropólogo**. São Paulo: UNESP, 1998.

PEREIRA, Levi Marques. **A socialidade na família kaiowá: relações geracionais e de gênero no microcosmo da vida social**. IFCH-UNICAMP. Mimeografado, 2004.

_____. **Imagens Kaiowá do sistema social e seu entorno**. Tese de doutorado, apresentado ao Programa de Pós-Graduação em Antropologia Social da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2004.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: Fundamentos de uma nova cultura no Direito**. São Paulo: Alfa Omega, 1994.

CRUZEIROS MARÍTIMOS: NORMAS NACIONAIS E INTERNACIONAIS APLICÁVEIS ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

Alexandre Agra Belmonte

Doutor, mestre e especialista em Direito; membro da Academia Brasileira do Direito do Trabalho; professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); ministro do Tribunal Superior do Trabalho (TST).

Introdução

O turismo movimentava diversos setores de serviços, como transporte, passeios nos pontos de parada, alimentação, hotelaria, museus, teatros e comércio.

Os cruzeiros marítimos estão inseridos na realidade turística, englobando, a um só tempo, hospedagem, turismo, entretenimento, comércio e alimentação dentro de um meio de transporte que permite o deslocamento do turista para o desfrute, com toda a comodidade de serviços, de belas e peculiares paisagens, muitas vezes avistadas das varandas das confortáveis cabines. E que ainda permite, nas paradas, a visita, em terra, aos destinos, movimentando o comércio local.

Em termos de entretenimento, os cruzeiros oferecem cassinos, teatros, cinemas, lojas (inclusive joalherias), academias de ginástica, salões de beleza, centros de massagem, parque aquático, salões de jogos, quadras de tênis, centros fotográficos, teatros, boates e cassinos, permitindo agregar pessoas de diferentes idades e gostos a um preço cada vez mais popular.

A Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, alterou o artigo 178 da Constituição Federal para autorizar o direito da navegação de cabotagem nos portos do país por navios de bandeira estrangeira. Hoje exploram essa atividade na costa brasileira basicamente as empresas *Carnival, Royal Caribbean e Star Cruises*.

Ao envolver enorme contingente de diferentes profissionais, a primeira indagação feita é se todos esses trabalhadores são marítimos ou integram outras categorias profissionais, para efeito de enquadramento e incidência de direitos trabalhistas.

Por outro lado, como os cruzeiros marítimos navegam em águas que podem ser brasileiras e/ou internacionais, envolvendo trabalhadores brasileiros, surgem várias questões relacionadas à incidência da lei brasileira ou estrangeira aplicável às relações de trabalho, bem como as atinentes à escolha do foro, nacional ou estrangeiro, competente

para as ações trabalhistas.

Quanto à lei material aplicável, nos navios que operam predominantemente em águas internacionais, mas aportam em portos de vários países, aplicar a legislação correspondente a cada país onde engajado o trabalhador seria o caos. Daí que os países resolveram adotar o critério geral de aplicação da lei do pavilhão.

Com efeito, os artigos 274 e 279 do Código de Bustamante (Convenção Internacional de Havana, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929), determinam a aplicação da lei do país do local da matrícula da embarcação como a de regência para os contratos de trabalho dos marítimos.

Contudo, peculiaridades ainda levam ao questionamento sobre a incidência da lei do local da prestação de serviços (LPS), da lei do local da contratação (LICC) ou da lei mais benéfica (LMP, da Lei nº 7.064/1982) em casos peculiares, em detrimento da lei do pavilhão (LP), aspecto que demonstra a complexidade das relações trabalhistas em embarcações, mormente em cruzeiros marítimos, que envolve enorme contingente de tripulantes de diversas nacionalidades.

Evidentemente, os artigos 248 a 250, da CLT, previstos para aplicação aos marítimos contratados no Brasil não esgotam o assunto, até porque estão centrados exclusivamente nas questões atinentes à duração do trabalho e mesmo assim sem considerar a diversidade profissional dos trabalhadores em cruzeiros marítimos. Ainda assim o Brasil não ratificou a Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (*Maritime Labour Convention – MLC 2006*), que poderia esclarecer e solucionar boa parte dos problemas.

O Decreto nº 7.381/2010 define cruzeiro marítimo e as Resoluções Normativas números 05, 06 e 83, do CNIG (Conselho Nacional de Imigração), bem como o Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990 (por meio do qual o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar), resolvem algumas questões pontuais e circunstanciais.

Outras, estão atualmente previstas na Convenção nº 186, da OIT, sobre trabalho marítimo, mas que o Brasil não ratificou.

Este artigo tem por fim investigar as questões que julgamos mais aflitivas no tocante às relações trabalhistas envolvendo trabalhadores brasileiros em cruzeiros marítimos. Essa pesquisa tem por objetivo final contribuir para o debate sobre soluções hábeis a dirimir os inúmeros conflitos que têm surgido com a presença crescente dos cruzeiros marítimos em águas brasileiras. O desafio é encontrar soluções que não sirvam de entrave ao crescimento

de tão atrativo ramo de negócios e possibilite proporcionar o incremento do trabalho a bordo para brasileiros, incentivar o turismo e gerar tributos.

1. Trabalho marítimo

Trabalho marítimo é o prestado a bordo de embarcação da marinha mercante.

2. Trabalhador marítimo: definição

Nos termos da Lei de Segurança do Tráfego Aquaviário - LESTA - Decreto nº 2.596/1998, são considerados marítimos os tripulantes que operam embarcações classificadas para navegação em mar aberto, apoio portuário e para a navegação interior nos canais, lagoas, baías, angras, enseadas e áreas marítimas consideradas abrigadas (art.1º, I).

Os marítimos (fração) integram a categoria maior dos aquaviários, que abrange também os fluviários, pescadores, mergulhadores, práticos e agentes de manobra e docagem (art.1º, I a VI). Os marítimos, fluviários, pescadores e mergulhadores são, a bordo das embarcações a que afetos, considerados tripulantes. Os práticos, que prestam serviços de praticagem embarcados e os agentes de manobra e docagem, que manobram navios nas fainas em diques, estaleiros e carreiras são aquaviários não-tripulantes.

Trabalhador marítimo é o que, subordinado ao armador ou proprietário da embarcação, presta, a bordo, qualquer tipo de serviço rotineiro afeto à navegação e manutenção de embarcação de marinha mercante.

A definição decorre do disposto no art.1º, §1º do Decreto nº 6.968 de 29 de setembro de 2009, que considera marítimo todo trabalhador certificado pela Autoridade Marítima para operar embarcações em caráter profissional ou todas as pessoas empregadas, com qualquer cargo, a bordo de navio dedicado à navegação marítima comercial.

Os empregados do armador ou os empregados das empresas contratadas pelo armador de forma terceirizada para os serviços rotineiros a bordo são considerados tripulantes do navio. Fazem parte da rol de equipagem ou lista da tripulação (*crew list*). Eles, bem como os demais embarcados, não tripulantes, ficam subordinados ao Comandante do navio, como autoridade máxima com poder de polícia.

O empregador pode ser o proprietário ou armador da embarcação. O comandante do navio é o preposto do proprietário ou armador perante as autoridades legais, podendo

inclusive contrair obrigações em seu nome, que obrigam o armador conforme art. 513 do Código Comercial. Armador é a pessoa física ou jurídica que comercialmente explora a embarcação mediante arrendamento ao proprietário. Neste caso, fica responsável pelos contratos de trabalho dos trabalhadores marítimos.

Na qualidade de empregado, o trabalhador marítimo está sujeito às normas dos artigos 248 a 252 da Consolidação das Leis do Trabalho. Conforme art. 2º da Lei nº 9.537/1998, tripulante é o aquaviário ou amador que exerce as suas funções na operação da embarcação, sujeito à legislação especial dos marítimos. Daí que terão essa qualidade, pelos termos da lei, o comandante, os operadores de máquinas, os marinheiros, os cientistas, os pesquisadores, os médicos e os técnicos de empresas de navegação marítima que trabalham embarcados e ligados à operação da embarcação ou negócio.

Todavia, considerando que o art.1º, §1º do Decreto nº 6.968 de 29 de setembro de 2009 classifica como trabalhador marítimo todo aquele que executar a bordo serviço rotineiro afeto à navegação e manutenção de embarcação de marinha mercante, também são tripulantes os camareiros, cozinheiros, garçons, atendentes e demais trabalhadores que executam os serviços rotineiros peculiares às operações de navegação das embarcações.

Conforme art.2º, XVI, da Lei nº 9.537/1997, é considerado profissional não-tripulante todo trabalhador que, sem exercer atribuições diretamente ligadas à operação da embarcação, prestar serviços eventuais a bordo. Aí está a razão pela qual os práticos e os agentes de manobra e docagem não são tripulantes das embarcações para as quais prestam serviços eventuais. Não executam a bordo os serviços rotineiros afetos à navegação e manutenção de embarcação de marinha mercante.

De igual sorte, não são considerados tripulantes os artistas em geral (músicos, cantores, atores, trapezistas, dançarinos), que prestarem serviços eventuais de entretenimento a bordo. Pelas mesmas razões os trabalhadores de terra em estaleiros, oficinas de construção ou reparos navais e nos portos ou estaleiros, os trabalhadores portuários e os petroleiros que laboram em plataformas marítimas não são tripulantes. Muito menos, por óbvio, os passageiros.

O trabalho marítimo difere do trabalho portuário. Aquele diz respeito às atividades próprias do serviço a bordo da embarcação, com subordinação ao armador. Já o portuário está afeto aos serviços de apoio ou infraestrutura necessários ao estacionamento, embarque, desembarque e equipagem das embarcações. Os trabalhadores que exercem

atividades no meio aquaviário devem possuir o nível de habilitação estabelecido pela autoridade marítima para o exercício de cargos e funções a bordo das embarcações (art.7º da Lei nº 9.537/1997). Os marítimos estão subordinados ao comandante do navio (preposto do Armador) ou superior hierárquico, sendo que a marinha mercante é caracterizada pela disciplina a bordo da embarcação, de modo semelhante à carreira militar.

As empresas de navegação que operam em águas brasileiras estão incluídas na regra de contratação inclusiva de beneficiários reabilitados ou portadores de deficiência, como determinado no artigo 93 da Lei 8.213/91, ao prever que as que contam com 100 ou mais empregados estão obrigadas a preencher de 2% a 5% dos seus cargos com reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência habilitadas.

3. Normas internacionais do trabalho marítimo

A legislação internacional do trabalho, da OIT, prevê direitos aos marítimos: Convenção nº 7, sobre idade mínima; Convenção 146, sobre férias remuneradas; Convenção 163, sobre bem-estar no mar e no porto; Convenção 164, sobre proteção à saúde e assistência médica; Convenção 166, sobre repatriação dos trabalhadores marítimos; Convenção 147, sobre normas mínimas da marinha mercante; Convenção 178, sobre inspeção das condições de vida e de trabalho; e, Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (MLC 2006, para regulação abrangente dos direitos do trabalhador marítimo).

Por meio do Decreto nº 99.165, de 12 de março de 1990, o Brasil ratificou a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar. No artigo 92, 1, estabelece que

Os navios devem navegar sob a bandeira de um só Estado e, salvo nos casos excepcionais previstos expressamente em tratados internacionais ou na presente Convenção, devem submeter-se, no alto mar, à jurisdição exclusiva desse Estado. Durante uma viagem ou em porto de escala, um navio não pode mudar de bandeira, a não ser no caso de transferência efetiva da propriedade ou de mudança de registro.” E no item 2, que “Um navio que navegue sob a bandeira de dois ou mais Estados, utilizando-as segundo as suas conveniências, não pode reivindicar qualquer dessas nacionalidades perante um terceiro Estado e pode ser considerado como um navio sem nacionalidade (ONU, 1990)

O Brasil ratificou todas as convenções acima elencadas, exceto a Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (*Maritime Labour Convention – MLC 2006*), destinada a regular

internacionalmente os direitos dos trabalhadores marítimos, incluindo horas de trabalho e descanso, férias, repatriação no fim de contrato, acomodação, alimentação e proteção à saúde e segurança dos trabalhadores.

A ausência de ratificação afasta a obrigatoriedade da incidência em relação aos trabalhadores brasileiros. Mas se a embarcação pertencer a país que a tenha ratificado, a lei do pavilhão deverá integrá-la para o cumprimento das normas previstas na Convenção nº 186, da OIT.

4. Resoluções do Conselho Nacional de Imigração

A Resolução Normativa nº 05/2017, do Conselho Nacional de Imigração (CNIg) revogou a RN nº 71/2006. A Resolução Normativa nº 71 disciplinava que as embarcações estrangeiras de turismo, a partir do 31º dia de operação em águas jurisdicionais brasileiras, deveriam contar com, no mínimo, 25% de brasileiros de brasileiros trabalhando em vários níveis técnicos e em diversas atividades definidas pelo armador ou pela empresa representante do mesmo. A RN nº 5/2017 manteve a redação supra (art.5º, caput), mas permite, excepcionalmente nas temporadas de 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021, a observância do percentual de 15% (quinze por cento), justificada pela perspectiva do aumento do número de embarcações de cruzeiro marítimo (§1º).

O referido percentual (25% e excepcionalmente, 15% nas temporadas de 2018/2019, 2019/2020 e 2020/2021) não se aplica às embarcações de turismo estrangeiras que realizem viagens entre portos internacionais e portos nacionais por até 45 (quarenta e cinco) dias e que transportem majoritariamente turistas cujo embarque ou desembarque ocorra em portos estrangeiros (§2º).

Estabelece ainda que os brasileiros recrutados em território nacional e embarcados para laborar apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou, na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie (art.7º, caput). E que é considerada temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira o período compreendido entre 30 (trinta) dias antes da partida da embarcação para o primeiro porto brasileiro até 30 (trinta) dias depois da saída do último porto brasileiro, incluindo neste

período eventuais ausências das águas jurisdicionais brasileiras (parágrafo único).

Finalmente, nos termos do art.8º, que não será considerada ausência das águas jurisdicionais brasileiras a saída e o retorno da embarcação por período inferior a 15 (quinze) dias consecutivos. A Resolução Normativa nº 06/2017, que revogou a RN 72/2006, estabelece, no art.4º, III, que para embarcações utilizadas na navegação de cabotagem, definida como aquela realizada entre portos ou pontos do território brasileiro, utilizando a via marítima ou esta e as vias navegáveis interiores:

- a) que a partir de noventa dias de operação, deverá contar com um quinto de marítimos brasileiros, arredondando-se para o inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que cinco décimos, em cada nível técnico (oficiais, graduados e não graduados) e em cada ramo de atividade (convés e máquinas) de caráter contínuo; e
- b) que a partir de cento e oitenta dias de operação, deverá contar com um terço de marítimos brasileiros, arredondando-se para o inteiro subsequente, em caso de fração igual ou maior que cinco décimos, em cada nível técnico (oficiais, graduados e não graduados) e em cada ramo de atividade (convés e máquinas) de caráter contínuo.

A Resolução Normativa nº 83, do CNIG referente ao trabalho de profissional estrangeiro sem vínculo empregatício no Brasil, a bordo de embarcação de turismo estrangeira que venha ao Brasil em viagem de longo curso, que não seja portador da Carteira de Identidade Internacional de Marítimo válida ou documento equivalente, necessita de visto de trabalho, concedido uma única vez, a cada período de noventa dias, por prazo improrrogável de até trinta dias (arts.1º e 2º).

A RN nº 83 define como viagem de longo curso a oriunda de porto estrangeiro, com estada nas águas jurisdicionais brasileiras por até trinta dias contínuos, dentro de um período de noventa dias, na qual a embarcação não proceda ao embarque de turistas em território nacional (parágrafo único do art.1º).

5. Trabalho em cruzeiros marítimos

5.1. Generalidades

A atividade turística é das mais rentáveis, porque envolve e favorece diversos setores interligados: transporte, passeios terrestres, alimentação, hotelaria, museus, teatros e comércio. Os cruzeiros marítimos ou *resorts* flutuantes proporcionam aos passageiros um

tipo de turismo peculiar, ao transformar as viagens num desfrute que reúne num só lugar todos os referidos setores.

Com efeito, os navios de bandeiras diversas exploram um negócio consistente na oferta do potencial das belezas naturais e peculiares, em viagens marítimas que englobam entretenimento, hospedagem e transporte. São verdadeiros hotéis ambulantes que oferecem o desfrute de viagens em acomodações confortáveis, que contam com quartos com vista para as paisagens e/ou enormes varandas externas, em embarcações equipadas com restaurantes, cassinos, teatros, cinemas e lojas.

Nesses deslocamentos permitem, a cada parada, a movimentação do comércio local para consumo por enorme contingente de turistas, oferecendo oportunidade de negócios para o setor privado e fonte de receita para o setor público. Não bastasse, proporciona oportunidade de trabalho para enorme contingente de profissionais, dentro e fora dos navios: tripulação de funcionamento da condução e máquinas, camareiros, cozinheiros, garçons, atendentes de bares e lojas, pessoal de cassino, trabalhadores em vendas de passeios terrestres, artistas etc.

O turismo proporcionado pelos cruzeiros marítimos é um segmento em constante crescimento no mercado de viagens de lazer, porque permite ao turista conhecer vários lugares, se reunir com amigos ou a família durante a viagem e se relacionar com pessoas variadas, ao mesmo tempo em que se entretém com inúmeras atividades de lazer a bordo e sem a necessidade de arrumar e desarrumar as malas em cada ponto da viagem.

Quer em razão das milhares de pessoas que os modernos navios são capazes de abrigar, quer pela reunião em um só lugar de hospedagem, alimentação, transporte e entretenimento, os cruzeiros têm a vantagem, nessas condições, de baratear o custo da viagem para o turista, e ainda atender a um público diversificado, popularizando o segmento.

As belezas naturais brasileiras, expostas em extensa costa de 8.500 km banhada por correntes oceânicas favoráveis e boas condições de navegabilidade, atraem as empresas marítimas na inclusão do Brasil em suas rotas ou na exploração turística da costa brasileira, notadamente as maiores do mercado (*Carnival, Royal Caribbean e Star Cruises*).

A Emenda Constitucional nº 7, de 15 de agosto de 1995, alterou o artigo 178 da Constituição Federal, para permitir o que era até então vedado: o direito da navegação de cabotagem nos portos do país por navios de bandeira estrangeira, tornando-se os cruzeiros

marítimos a partir de então uma presença constante nas praias, nos portos e na costa brasileiras.

No entanto, as companhias que atuam na costa brasileira sofrem com os terminais portuários existentes, muitos deles com características de terminais cargueiros, sem áreas e facilidades adequadas para embarque e desembarque, acesso a transportes, área para bagagens, e mão de obra bem qualificada.

Não bastasse, as companhias marítimas enfrentam elevadas taxas de impostos e operacionais nos portos, decorrentes de taxas de pernoite, praticagem, taxas de embarque e desembarque por passageiro e carga. De acordo com o Decreto n. 7.381, de 2010, cruzeiro marítimo é o programa de turismo constituído pela prestação de serviços conjugados de transporte, hospedagem, alimentação, entretenimento, visitação de locais turísticos e afins, realizado por embarcações de turismo, entre as quais os navios estrangeiros fretados por agência de turismo brasileira ou operados por armadores estrangeiros com empresa cadastrada no Ministério do Turismo.

O cruzeiro pode ser de navegação de cabotagem (entre portos nacionais), internacional (início e término em porto estrangeiro), de longo curso (entre portos brasileiros e estrangeiros) e mista (início e término em porto nacional, e trânsito em portos nacionais e estrangeiros).

5.2. Enquadramento sindical

A organização sindical brasileira se dá unicamente por divisão em categorias econômica e profissional, de forma verticalizada, que segue a estrutura federativa (confederações e federações, como entidades representativas de segundo grau e sindicatos, de primeiro grau).

Os sindicatos de categorias econômicas e profissionais representam as empresas e trabalhadores em base territorial mínima municipal; as federações, em base territorial mínima estadual; e, as confederações, em âmbito nacional. As federações reúnem sindicatos e a confederação da categoria reúne federações.

Os sindicatos constituem-se, normalmente, por categorias econômicas ou profissionais específicas, seguindo a discriminação do quadro das atividades e profissões, ou segundo as subdivisões admitidas pela Comissão do Enquadramento Sindical.

Para efeito de enquadramento sindical na categoria econômica, a solidariedade de interesses econômicos dos que empreendem atividades idênticas, similares ou conexas, constitui o vínculo social básico (Art. 511, § 1º, CLT).

Assim como se admite a aglutinação de atividades similares ou conexas com atividades idênticas para sindicalização mais eficiente, qualquer das atividades concentradas ou aglutinadas poderá dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato fracionado específico (artigos 570, parágrafo único e 571, CLT).

Para o enquadramento na categoria profissional, a similitude de condições de vida oriunda da profissão ou trabalho em comum, em situação de emprego na mesma atividade econômica ou em atividades econômicas similares ou conexas, compõe a expressão social elementar que o determina (Art. 511, § 2º, CLT).

Também aqui qualquer das profissões concentradas ou aglutinadas por similaridade ou conexão às profissões idênticas poderá dissociar-se do sindicato principal, formando um sindicato fracionado específico (artigos 570, parágrafo único e 571, CLT).

Verifica-se, portanto, que o enquadramento profissional ocorre de forma simétrica à categoria econômica à qual os trabalhadores estão vinculados. Todavia, há empregados que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares, hipótese em que são enquadrados em categorias profissionais diferenciadas (Art. 511, § 3º).

Como as empresas muitas vezes desenvolvem atividades variadas, o enquadramento profissional para efeito de *vis attractiva* categorial econômica se verifica pelo critério da atividade preponderante, assim entendida a que de forma mais abrangente engloba e norteia as demais.

Como são várias as categorias econômicas e as categorias profissionais são formadas de forma simétrica às econômicas, várias são, igualmente, as profissionais. Daí que para efeito de fixação do plano básico de enquadramento sindical, a CLT estabelece em seu anexo um quadro de atividades e profissões (art. 577).

Relativamente aos marítimos, estão enquadrados na categoria profissional de trabalhadores em transportes marítimos e fluviais, de forma simétrica à categoria econômica das empresas de navegação marítima e fluvial.

A Confederação Nacional dos Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos engloba no 1º grupo as empresas de navegação marítima, fluvial e lacustre, bem como as agências de

navegação (as empresas aeroviárias constam do 2º grupo).

De forma simétrica, a Confederação Nacional dos Trabalhadores em Transportes Marítimos, Fluviais e Aéreos engloba, no 1º grupo os trabalhadores em transportes marítimos e fluviais.

Especificamente quanto à categoria profissional dos trabalhadores em transportes marítimos, relaciona os oficiais de náutica, oficiais de máquinas, comissários, motoristas e condutores, conferentes de carga, práticos, arrais e mestres de cabotagem em transportes marítimos, contramestres, marinheiros e moços em transportes marítimos, radiotelegrafistas, taifeiros, culinários e panificadores marítimos, médicos, enfermeiros, foguistas (inclusive carvoeiros), empregados em escritórios das empresas de navegação marítima, mestres e encarregados de estaleiros das empresas de navegação marítima, operários navais (trabalhadores em estaleiros de navegação marítima e calafates navais) e carpinteiros navais.

A legislação é de 1943 e, evidentemente, há profissões que foram extintas ou substituídas por outras, tecnologicamente mais modernas (caso dos foguistas carvoeiros e radiotelegrafistas).

Quando se trata de cruzeiros marítimos envolvendo trabalhadores brasileiros que atuam na prestação de serviços em águas brasileiras, a situação de enquadramento se complica, diante da oferta de diferentes setores de serviços, que envolve enorme contingente de profissionais: tripulação de funcionamento da condução e máquinas, médicos socorristas, camareiros, cozinheiros, garçons, atendentes de bares, lojistas, pessoal de cassino, cabeleireiros, trabalhadores em vendas de passeios terrestres, artistas, músicos, fotógrafos, salva-vidas, recreadores, massagistas, operadores cinematográficos, seguranças/vigilantes e pessoal de escritório, entre outros.

Neste caso, todos esses trabalhadores são marítimos ou integram outras categorias profissionais?

Como o enquadramento se dá pelo critério de preponderância da atividade, todos são marítimos, exceto os trabalhadores que compõem categorias diferenciadas, hipótese em que as normas dessas categorias e não as dos marítimos deverão ser seguidas quanto aos tripulantes da embarcação que operar em águas brasileiras.

Nesse contexto, tem-se que exercem profissões ou funções diferenciadas por força de estatuto profissional especial ou em consequência de condições de vida singulares, entre

outros, os chamados profissionais liberais (médicos, engenheiros), os artistas e músicos. Mas para que o instrumento coletivo da categoria profissional diferenciada obrigue a(s) empresa(s) ou a(s) categoria(s) econômica(s) onde esses trabalhadores laboram, elas precisam ser representadas na celebração da norma (Súmula nº 374, TST).

5.3. Acordos e Convenções Coletivas de trabalho

A lei é abstrata e genérica, geralmente não levando em conta as peculiaridades do caso concreto. Atento a esse aspecto, o legislador, considerando a importância social e econômica da pacificação das relações trabalhistas, admite, tanto no plano individual (neste com pouca intensidade) como no plano coletivo (em que as partes, pela coalizão, se igualam), o ajuste das condições de trabalho pela autonomia privada, adaptando-as à realidade do seu desenvolvimento nas empresas.

A negociação coletiva destina-se ao ajuste de condições de trabalho à realidade empresarial ou categorial, para que, diante de circunstâncias organizacionais peculiares e contingências sociais, econômicas e financeiras, por meio da autonomia da vontade privada coletiva sejam produzidas normas que flexibilizem, complementem ou se sobreponham à lei, de forma a atender as especificidades do desenvolvimento do negócio e da prestação de serviços nas várias empresas de navegação.

Os instrumentos que visam disciplinar, no plano coletivo, o conteúdo dos contratos de trabalho de acordo com as peculiaridades do trabalho nas empresas ou nas categorias profissionais, são os acordos e convenções coletivas.

A Constituição Federal os permite com preponderância sobre a lei nas matérias enunciadas no art. 611-A, da CLT, mas veda a negociação quanto às matérias constantes do art. 611-B.

Pelas peculiaridades do trabalho no ambiente marítimo e pela diversidade de trabalhadores com funções absolutamente distintas, mormente nos cruzeiros marítimos, cuida-se de valioso instrumento de regulação negociada. Regulação das gratificações e sua incidência nas demais parcelas, custeio de despesas para deslocamento até o domicílio no embarque e desembarque, repatriamento de tripulantes, seguro, plano de saúde, natureza e distribuição de gorjetas são, por exemplo, matérias propícias para ajuste setorial ou categorial.

As categorias diferenciadas têm entidades sindicais próprias que as representam nos instrumentos coletivos (acordos e convenções coletivas), pelo que os direitos neles negociados a elas se restringem, observada a necessidade de representação da empresa ou da categoria econômica onde tais trabalhadores laboram, para que a norma coletiva as obrigue (Súmula nº 374, TST). Caso contrário, incidirá tão somente a norma coletiva da categoria profissional genérica.

Enfim, em se tratando de embarcações que operam em águas brasileiras, aí incluídos os cruzeiros marítimos, deverão ser seguidos os acordos coletivos firmados entre os trabalhadores e as empresas de navegação em que trabalharem, o mesmo ocorrendo quanto às categorias econômica e profissional quanto às convenções coletivas que firmarem, quer quanto a normas mais benéficas do que as previstas na lei, quer no tocante a regras coletivas de flexibilização em relação à lei, quer no tocante a regras que possam juridicamente, nos termos do art.611-A, se sobrepor à lei.

5.4. Contrato de trabalho dos marítimos

Nos termos do artigo 7º, parágrafo único, da Lei nº 9.537/1997, o embarque e desembarque do tripulante são submetidos às regras do seu contrato de trabalho. O contrato de trabalho (ou engajamento) do marítimo, é regido pelas leis do país da bandeira da embarcação, mas se a ela estiver em operação em águas jurisdicionais brasileiras, aplica-se a CLT ou, conforme o caso, o disposto na Lei nº 7.064/1982.

É obrigação do comandante inscrever o tripulante no rol de equipagens, ou seja, incluí-lo na lista do pessoal embarcado (*crew list*) por ocasião do despacho da embarcação, sendo as anotações de embarque e desembarque de natureza trabalhista e que constituem importantes meios de prova da relação de emprego. Quer isto dizer que, quanto aos tripulantes engajados no Brasil para operação em águas brasileiras, as normas gerais da categoria profissional dos marítimos em geral, as normas especiais de duração e outras condições de trabalho aplicáveis a determinados tripulantes que laboram na embarcação e as normas específicas de categorias diferenciadas deverão ser observadas.

Ao comandante da embarcação compete, entre outras atribuições, cumprir e fazer cumprir, a bordo, a legislação, as normas e os regulamentos, bem como os atos e as resoluções internacionais ratificados pelo Brasil; os procedimentos estabelecidos para a

salvaguarda da vida humana, para a preservação do meio ambiente e para a segurança da navegação, da própria embarcação e da carga; e, manter a disciplina a bordo (art.8º, I a III, Lei nº 9.537/1997).

O comandante da embarcação é o preposto do armador perante as autoridades legais, podendo inclusive contrair obrigações em seu nome. Note-se que no exercício dessa função o comandante, diretamente ou por meio de preposto, deve atuar para cumprimento dessas normas junto aos trabalhadores diretamente contratados pelo armador e também junto às empresas terceirizadas ou as que operam em espaços definidos mediante contratos de locação, mas que igualmente atuam com trabalhadores no navio.

Muitas vezes as empresas de navegação alugam espaços no navio, para que outras empresas explorem seus próprios negócios (joalherias e restaurantes diferenciados, por exemplo) e outras vezes simplesmente terceirizam os serviços, contratando outras empresas para a operação ou manutenção (empresas de vigilância, de recreação, artísticas).

O contrato de trabalho do marítimo poderá ser por prazo determinado ou por prazo indeterminado. É comum a contratação de marítimos para fazer apenas uma viagem (viagem redonda, do porto de origem ao porto de origem) ou uma viagem para buscar ou entregar uma embarcação em determinado porto.

A contratação por viagem se adequa ao contrato por prazo determinado previsto no artigo 443, § 2º, a, da CLT, quando se tratar de serviço cuja natureza ou transitoriedade justifique a predeterminação do prazo. Não se tratando de serviços especializados ou da realização de certos acontecimentos, dispõe o art. 452, da CLT, que passa a vigorar por prazo indeterminado o contrato, ainda que celebrado a prazo, que suceder, dentro de seis meses, a outro contrato por prazo determinado.

Com base na referida norma, trabalhadores como camareiros e garçons brasileiros arregimentados por viagem pelos cruzeiros marítimos para trabalho em águas brasileiras, será preciso observar o prazo de carência de seis meses para futuras contratações a prazo para a mesma empresa. Ainda assim, se o contrato por prazo determinado for prorrogado mais de uma vez, passará a vigorar sem determinação de prazo (art.451).

De serviços especializados não se trata, e se o roteiro do navio for permanente, não será caso de realização de acontecimento que não se possa precisar ou estimar a duração. Em águas internacionais, o pagamento a brasileiros poderá ser feito em moeda estrangeira,

convertida para a nacional pelo câmbio do dia.

5.5. Duração do trabalho

O marítimo que labora em embarcação que opera em águas brasileiras tem regime especial de duração do trabalho, previsto nos artigos 248 a 250 da CLT. A jornada de trabalho do tripulante é de oito horas, contínuas ou intermitentes, entre zero hora e meia noite de cada dia civil, a critério do comandante do navio (art.248, CLT). Assim ocorre porque, em decorrência da necessidade a bordo para a realização do trabalho em turnos que se alternam nas 24 horas do dia, faz-se necessária a permanência do tripulante o dia todo na embarcação, mesmo que cumpra apenas oito horas de jornada (ou, mesmo que por condições especiais, cumpra jornada reduzida).

Quer pela disponibilidade para o trabalho pela natureza da atividade e da prestação dos serviços, quer pela possibilidade de fracionamento da jornada (mas nunca por período inferior a 1 hora - §1º), ao marítimo não se aplica o intervalo interjornada previsto na legislação brasileira. Conforme Súmula 96, do TST, “a permanência do tripulante a bordo do navio, no período de repouso, além da jornada, não importa em presunção de que esteja à disposição do empregador ou em regime de prorrogação de horário, circunstâncias que devem resultar provadas, dada a natureza do serviço.”

No caso dos cruzeiros marítimos que atuam predominantemente em águas brasileiras, deve-se ter em conta que há tripulantes que têm tratamento especial previsto na CLT, como ocorre com os operadores cinematográficos (duração de seis horas diárias de trabalho – art.234).

Outros, compõem categorias diferenciadas: músicos profissionais (duração de cinco horas diárias de trabalho – art.41 da Lei nº 3.857, de 22 de dezembro de 1960), artistas (de teatro: a duração das sessões, com 8 (oito) sessões semanais; de circo e variedade; de radiofusão e fotografia: seis horas diárias, com limitação a trinta e seis horas semanais – art.21, Lei nº 6.533, de 24 de maio de 1978).

Esses trabalhadores deverão, portanto, ter as condições especiais de trabalho observadas, mas ajustadas às mesmas peculiaridades do trabalho marítimo em relação aos trabalhadores em geral, no tocante à alternância do trabalho nas 24 horas do dia, forma de descanso e compensação de horas suplementares.

Terá a natureza de trabalho extraordinário o tempo excedente de oito (arts.248 e 249).

As horas extraordinárias de trabalho são indivisíveis, computando-se a fração de hora como hora inteira (parágrafo único do art.250).

Não excederá de 30 (trinta) horas semanais o serviço extraordinário prestado para o tráfego nos portos (art.249, §2º).

As horas de trabalho extraordinário serão compensadas, segundo a conveniência do serviço, por descanso em período equivalente no dia seguinte ou no subsequente dentro das do trabalho normal ou no fim da viagem (art.250).

Contudo, conforme alíneas *a* a *d* do art.249, da CLT, a compensação com descanso correspondente não será possível se o trabalho extra tiver sido executado:

a) em virtude de responsabilidade pessoal do tripulante e no desempenho de funções de direção, sendo consideradas como tais todas aquelas que a bordo se achem constituídas em um único indivíduo com responsabilidade exclusiva e pessoal;

b) na iminência de perigo, para salvaguarda ou defesa da embarcação, dos passageiros, ou da carga, a juízo exclusivo do comandante ou do responsável pela segurança a bordo;

c) por motivo de manobras ou fainas gerais que reclamem a presença, em seus postos, de todo o pessoal de bordo;

d) na navegação lacustre e fluvial, quando se destina ao abastecimento do navio ou embarcação de combustível e rancho, ou por efeito das contingências da natureza da navegação, na transposição de passos ou pontos difíceis, inclusive operações de alívio ou transbordo de carga, para obtenção de calado menor para essa transposição.

Nesses casos, a solução dada pela lei é o pagamento do salário correspondente (art.250), mas com o acréscimo de 50% sobre o valor da hora normal, nos termos da Constituição Federal.

Conforme art.249, §1º, da CLT, o trabalho executado aos domingos e feriados será considerado extraordinário, salvo se se destinar:

a) ao serviço de quartos e vigilância, movimentação das máquinas e aparelhos de bordo, limpeza e higiene da embarcação, preparo de alimentação da equipagem e dos passageiros, serviço pessoal destes e, bem assim, aos socorros de urgência ao navio ou ao pessoal;

b) ao fim da navegação ou das manobras para a entrada ou saída de portos, atracação, desatracação, embarque ou desembarque de carga e passageiros.

Aqui também incide o art. 250: as horas de trabalho extraordinário serão compensadas com descanso em período equivalente no dia seguinte ou no subsequente dentro das do trabalho normal, ou no fim da viagem, ou pelo pagamento do salário correspondente (no último caso, em dobro - art. 9º da Lei nº 605/1949).

Para controle da duração do trabalho do marítimo, em cada embarcação haverá um livro em que serão anotadas as horas extraordinárias de trabalho de cada tripulante, e outro, do qual constarão, devidamente circunstanciadas, as transgressões dos mesmos tripulantes (art.251, da CLT).

A Convenção nº 186, da OIT, prevê a observância de oito horas de trabalho, com um dia de descanso por semana e descanso em feriados oficiais.

Estabelece ainda que o número máximo de horas trabalhadas não deverá ultrapassar 14 horas por cada período de 24 horas e nem 72 horas por cada período de sete dias; que o número mínimo de horas de descanso não deverá ser menos de 10 horas por cada período de 24 horas e 77 horas por cada período de sete dias.

Prevê que as horas de descanso não poderão ser divididas em mais de dois períodos, um dos quais será de pelo menos seis horas ininterruptas. E que o intervalo entre dois períodos consecutivos de descanso não poderá ultrapassar 14 horas.

Quanto às férias anuais remuneradas, que não entrarão no cômputo do período de gozo os feriados públicos e usuais, reconhecidos pelo Estado da bandeira; que deverão ser fruídas no lugar com o qual tiverem uma conexão substancial, que, normalmente, o mesmo de repatriação e quanto a esta, deverá ocorrer livre de despesas, quando o contrato terminar em local diferente do engajamento.

Estabelece, por fim, normas de saúde e segurança, incluindo atendimento médico e alojamento decente.

5.6. Direito Internacional Privado

Como os cruzeiros marítimos navegam em águas que podem ser brasileiras e/ou internacionais, envolvendo trabalhadores brasileiros, surgem questões relacionadas à

incidência da lei brasileira ou estrangeira aplicável às relações de trabalho, bem como as atinentes à escolha do foro, nacional ou estrangeiro, competente para as reclamações trabalhistas.

Quanto ao foro de ajuizamento de ação trabalhista, dispõe claramente o artigo 651, *caput*, da CLT: “a competência das Varas do Trabalho é determinada pela localidade onde o empregado, reclamante ou reclamado, prestar serviços ao empregador, ainda que tenha sido contratado noutra localidade ou no estrangeiro”.

Assim, o legislador adotou para as relações processuais o princípio da territorialidade: o foro é o do local da prestação de serviços como elemento de conexão, ainda que o trabalhador tenha sido contratado no exterior. Quer isto dizer que mesmo ocorrendo o embarque em país estrangeiro, se o trabalho tiver desenvolvimento em águas brasileiras, a Justiça do Trabalho brasileira é a competente para apreciar e julgar reclamações trabalhistas em que for parte esse trabalhador marítimo.

Note-se que é inaplicável o fracionamento de foro. Basta a prestação em território nacional, não importando se de forma predominante ou não, a competência é da Justiça do Trabalho.

No tocante às leis materiais, a solução não é tão simples. E desde logo se observa que a escolha da lei aplicável, brasileira ou estrangeira como elemento de conexão, envolve não apenas as normas heterônomas, de natureza estatal, como também as normas autônomas negociadas no plano coletivo (acordos e convenções coletivas de trabalho brasileiras ou equivalentes estrangeiras) e as normas internacionais negociadas entre o Brasil e os países estrangeiros.

Com base no Código de Bustamante (Convenção Internacional de Havana, ratificada pelo Brasil por meio do Decreto nº 18.871, de 13 de agosto de 1929), aos navios ou aeronaves que trafegam em áreas internacionais em grande parte da execução do trabalho, os artigos 274 e 279 da referida convenção são os de regência para as relações de direito material.

Eis os textos dos referidos dispositivos:

Art. 274. A nacionalidade dos navios prova-se pela patente de navegação e a certidão do registro, e tem a bandeira como sinal distintivo aparente.

Art. 279. Sujeitam-se também à lei do pavilhão os poderes e obrigações do capitão e a responsabilidade dos proprietários e armadores pelos seus atos.

Logo, o contrato de trabalho (“engajamento” ou “embarque”) do trabalhador marítimo é regido pela lei do país do local da matrícula da embarcação. Ensina Arnaldo Sussekind que “Os navios e as aeronaves constituem autênticos estabelecimentos móveis, cuja nacionalidade decorre da patente de navegação, comprovada pela respectiva certidão de registro. É essa patente que dá o direito ao uso da correspondente bandeira. Daí dizer-se que a “lei do pavilhão” rege os contratos de trabalho de seus tripulantes. Essa lei, no dizer de BATIFFOL, corresponde, em tais casos, “à lei do local da execução do trabalho” (*“Traité Élémentaire du Droit International Privé”*, 2ª edição, nº 608), pois os navios e as aeronaves têm nacionalidade (PONTES DE MIRANDA, “Tratado de Direito Privado”, Rio, 2ª edição, vol. IV, pág.42), indicada pela patente de navegação (ESPÍNOLA, Eduardo; FILHO ESPÍNOLA, “Tratado de Direito Civil Brasileiro”, Rio, 1949, vol. VIII, pág.1485)”.

Mais adiante, explica que “o Código de Bustamante, como registramos no Capítulo I, desta Parte, consagra explicitamente a aplicação da lei do país da patente de navegação, quer em relação aos navios (Arts.274 a 281), quer no tocante às aeronaves (Art.282). Também as convenções adotadas pela Conferência Internacional do Trabalho consubstanciam o princípio da aplicação da lei do local de matrícula do navio às relações dos seus tripulantes”.

Portanto, o Código de Bustamante adota o princípio da “*lei da execução do trabalho*” (o navio), correspondente à da nacionalidade da embarcação como regra. Regra, porque as várias situações que podem surgir colocam ela em xeque.

Com efeito, a convenção parte do pressuposto de que a bandeira da embarcação correspondente ao do país do armador que explora o navio. Pelo que, nos casos de escolha de bandeira “de favor” ou de “conveniência”, que não guarda qualquer relação com a nacionalidade da empresa que explora a atividade econômica atrelada à embarcação e assim destinada apenas a evitar a incidência legislativa fiscal, trabalhista ou ambiental do país condizente com a origem operacional do armador, ficará caracteriza a fraude que anula a legislação da bandeira do navio, para incidência da de nacionalidade da empresa exploradora da embarcação.

A respeito, a Convenção das Nações Unidas sobre Direitos do Mar (CNUDM) alude à necessidade da verificação de “*um vínculo substancial entre o Estado e o navio*”, para que em alto mar os navios se submetam à jurisdição exclusiva do Estado da bandeira (art. 92,

parágrafo 1).

De qualquer sorte, ainda aqui prevalece o princípio da nacionalidade, para incidência da do armador, em substituição à do pavilhão da embarcação.

Todavia, nessa questão da escolha da lei material aplicável, investiguemos outras inúmeras situações que colocam em confronto a lei do pavilhão ou do país de nacionalidade da embarcação (LP), a lei do local da prestação de serviços (LPS), a lei do local da contratação (LICC) e a lei mais benéfica (LMP da Lei nº 7.064/1982):

a) trabalhador brasileiro contratado no exterior para trabalho em navio de bandeira estrangeira.

No caso, aplica-se a lei do pavilhão (do país da embarcação ou a do armador da embarcação), como previsto nos artigos 274 e 279 do Código de Bustamante. Ou seja, a convenção do trabalho marítimo, a qual aderiu o país do pavilhão.

Conforme TAC nº 308/2016 firmado entre o Ministério Público do Trabalho e as empresas de navegação que operam em águas brasileiras, a legislação brasileira não se aplica aos tripulantes brasileiros contratados por meio de contratos internacionais de trabalho, firmados para laborarem em embarcações que realizem exclusivamente temporadas internacionais de cruzeiros e não atraquem/fundeiem portos nacionais.

Também estabelece que aos tripulantes brasileiros arregimentados mediante contratos internacionais firmados por prazo superior aos 30 dias definidos como temporada nacional, e sim a legislação estrangeira específica e os acordos e convenções coletivas firmados com os sindicatos estrangeiros.

b) trabalhador brasileiro contratado no Brasil para fazer exclusivamente a costa brasileira.

Aplica-se a lei brasileira (CLT), em detrimento da lei do pavilhão, que cede perante o princípio da territorialidade. Isso porque no Brasil (leia-se na exploração ambiental em relação à costa brasileira como referência da exploração do negócio turístico) deu-se inteiramente a prestação de serviços, não importando, portanto, o país de origem da embarcação.

Note-se que não estamos diante de uma representação estrangeira e sim de uma atividade comercial explorada por estrangeiro vinculado a determinado país.

É comum os cruzeiros marítimos que exploram a costa brasileira como roteiro de navegação se ausentarem das águas brasileiras para a exploração do negócio de cassino a bordo, porque proibido em território brasileiro. Essa ausência, ainda que resulte em navegação predominantemente em águas internacionais, ocorrem apenas para contornar uma proibição, mas o negócio, como um todo, está inteiramente voltado para a exploração, não do cassino, mas sim da costa brasileira como objetivo central.

Logo, fica afastada a aplicação da lei do pavilhão, cuidando-se de trabalho em atividade voltada exclusivamente para o território brasileiro, com inteira aplicação da lei nacional trabalhista para os trabalhadores brasileiros, *desde que aqui engajados*. Se admitidos no exterior, lhes é aplicável a lei do pavilhão.

De qualquer sorte, para espantar qualquer dúvida a respeito, estabelece o art. 7º da Resolução Normativa nº 05/2017, do CNIg (Conselho Nacional de Imigração) que os brasileiros recrutados no Brasil e embarcados para trabalhar apenas durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou na ausência desta, pelo agente marítimo responsável pela operação da embarcação, cujo contrato de trabalho será vinculado à legislação trabalhista brasileira aplicável à espécie.

Nos termos do parágrafo único do artigo 7º, “Considera-se temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira o período compreendido entre 30 (trinta) dias antes da partida da embarcação para o primeiro porto brasileiro até 30 (trinta) dias depois da saída do último porto brasileiro, incluindo neste período eventuais ausências das águas jurisdicionais brasileiras”.

O art.8º esclarece que não será considerada ausência das águas jurisdicionais brasileiras a saída e o retorno da embarcação por período inferior a quinze dias consecutivos.

Se ultrapassado o período de quinze dias, será considerado o excedente como ausência das águas jurisdicionais brasileiras. Mesmo ultrapassado o período, se o tempo total entre a saída do primeiro porto e a do último porto brasileiro, não ultrapassar de 30 dias, incluídas as eventuais ausências das águas brasileiras, aplicar-se-á a lei brasileira. Mas se ultrapassado o período de 30 dias, aplicar-se a Lei nº 7.064/1982, que determina a incidência da lei material mais benéfica entre a brasileira e a do pavilhão.

Conforme TAC nº 308/2016 firmado entre o Ministério Público do Trabalho e as

empresas de navegação que operam em águas brasileiras, deverão manter, a partir do 31º dia de operação em águas jurisdicionais brasileiras, o mínimo de 25% de trabalhadores brasileiros por temporada brasileira ou outro percentual definido pelo Conselho Nacional de Imigração nos vários níveis técnicos e em diversas atividades definidas pelo armador ou por sua empresa representante. E ainda estabelece que os brasileiros recrutados no Brasil exclusivamente para trabalho durante a temporada de cruzeiros marítimos pela costa brasileira deverão ser formalmente contratados pela empresa estabelecida no Brasil ou agente marítimo responsável pela operação da embarcação, com vinculação à legislação trabalhista brasileira aplicável.

O TAC estabelece que a legislação brasileira não se aplica aos tripulantes brasileiros contratados por meio de contratos internacionais de trabalho, firmados para laborarem em embarcações que realizem exclusivamente temporadas internacionais de cruzeiros e não atraquem/fundeiem portos nacionais. E também que neste caso não será aplicável a regra de contratação mínima de trabalhadores brasileiros.

Dispõe ainda que aos tripulantes brasileiros cujos contratos internacionais sejam firmados por prazo superior a 30 dias como temporada nacional, e sim a legislação estrangeira específica e os acordos/convenções coletivas firmados com os sindicatos estrangeiros.

c) trabalhador contratado no Brasil para trabalho em navio de bandeira estrangeira, no exterior

A Lei nº 7.064/1982 regula a situação de trabalhadores contratados no Brasil ou transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior (art.1º). Ou seja, abrange os trabalhadores contratados no Brasil para prestar serviços no exterior e os trabalhadores transferidos por seus empregadores para prestar serviço no exterior.

Os artigos 2º a 11 da referida lei trata apenas da situação de transferência. E considera transferido: o empregado removido para o exterior, cujo contrato estava sendo executado no território brasileiro; do empregado cedido à empresa sediada no estrangeiro, para trabalhar no exterior, desde que mantido o vínculo trabalhista com o empregador brasileiro; e, do empregado contratado por empresa sediada no Brasil para trabalhar a seu serviço no exterior (art.2º, I a III).

A contratação de trabalhador, por empresa estrangeira, para trabalhar no exterior está condicionada à prévia autorização do Ministério do Trabalho (art.12, da Lei nº 7.064/82). A autorização somente poderá ser dada à empresa de cujo capital participe, em pelo menos 5% (cinco por cento) pessoa jurídica domiciliada no Brasil (art.13). E no que respeita a direitos, vantagens e garantias trabalhistas e previdenciárias, a empresa estrangeira assegurará ao trabalhador as despesas de viagem de ida e volta do trabalhador ao exterior (art.15) e o retorno definitivo do trabalhador ao Brasil quando houver terminado o prazo de duração do contrato, ou for o mesmo rescindido e também por motivo de saúde do trabalhador, devidamente comprovado por laudo médico oficial que o recomende (art.17, I e II).

Tem-se, portanto, que para a situação em que o trabalhador é contratado no Brasil para trabalho no exterior em navio de bandeira estrangeira, aplica-se a lei do pavilhão. A lei mais benéfica, prevista na Lei nº 7064/1982, incide somente em casos de transferência.

d) trabalhador contratado no Brasil para labor na costa brasileira e em águas internacionais

Aplica-se o art.3º da Lei nº 7.064/82, que determina a incidência da lei mais benéfica para o trabalhador (no conjunto das normas, interpretadas pelo critério do conglobamento). A situação assemelha-se à de transferência para trabalho no exterior, de contrato iniciado no Brasil, previsto no art.2º, I, da referida lei.

Em se tratando de navio estrangeiro que opera em águas brasileiras com a finalidade de desenvolver atividade de turismo, e, para tanto, contrata trabalhadores brasileiros, ainda que a embarcação esteja registrada em outro país, o trabalhador terá sido admitido no Brasil, aqui prestando serviços, ainda que posteriormente venha a desenvolver atividades em águas internacionais ou mesmo vinculadas a outro país.

e) trabalhador contratado por empresa estrangeira em território nacional para prestar serviços em embarcação que navega predominantemente em águas internacionais

Também aqui se aplica o art.3º da Lei nº 7064/82, que determina a incidência da lei mais benéfica para o trabalhador. Tal como no caso antecedente, a situação assemelha-se

à de transferência para trabalho no exterior (em águas internacionais), de contrato não apenas celebrado, mas com desenvolvimento iniciado no Brasil (embarque), onde arregimentado o trabalhador, para ingresso posterior, ainda que de forma predominante, em águas internacionais.

f) trabalhador recrutado no exterior, em país da mesma bandeira do navio empregador, para prestar serviços em águas internacionais e apenas eventualmente no Brasil

Nesta hipótese, contrária à anterior, a Lei nº 7.064/1982 não se aplica. Incide o princípio do centro de gravidade (*most significant relationship*), para concentrar a prestação em águas estrangeiras, excluindo a brasileira, na qual o trabalho foi eventual e assim a normatividade da Lei nº 7.064/1982, mas determinar a vinculação à lei do pavilhão ou bandeira de matrícula do navio, por força do Código de Bustamante.

Com efeito, a teoria do centro de gravidade (GIERKE), decorrente da teoria da sede do fato (SAVIGNY), é a que melhor compõe a situação, impondo a aplicação da lei do pavilhão, coincidente com a do lugar onde o trabalhador é recrutado e o contrato iniciado e onde ocorre a maior irradiação de efeitos.

g) trabalhador recrutado no exterior, em país de bandeira diferente da do navio empregador, para prestar serviços em águas internacionais e apenas eventualmente no Brasil.

Aqui a diferença é que o conflito ocorre entre a lei do local da contratação, o da prestação de serviços e a lei do pavilhão. Sendo o país onde arregimentado o trabalhador aderente ao Código de Bustamante e não possuindo legislação interna distinta, aplicar-se-á a lei do pavilhão, até mesmo para evitar-se a incidência de diferentes normatividades incidentes em cada lugar por onde o navio navegue.

h) trabalhador brasileiro recrutado no exterior, quando o serviço é prestado em águas internacionais e brasileiras, explorando a empresa roteiros da costa brasileira e roteiros de costa estrangeira

Estaremos nesta hipótese diante de um fato misto ou multinacional, a ser dirimido também com base na teoria do centro de gravidade, com inclinação para a legislação da bandeira para a qual o pêndulo pender. A Lei nº 7.064/82 não incide, porque não ocorre a transferência do trabalhador do Brasil (onde não foi recrutado) para o exterior.

Considerações finais

O incremento ao turismo é, no Brasil, uma necessidade. Para isso, é preciso investir em segurança pública, mobilidade urbana e infraestrutura hoteleira e de serviços eficientes de apoio.

Os cruzeiros marítimos incrementam o turismo brasileiro e deve ser incentivado, porque movimentam o comércio e serviços locais e ainda proporcionam tributos para o país. Todavia, existe clara deficiência de terminais adequados e com mão de obra qualificada para receber turistas que, em terra, nos passeios, terminam sendo submetidos aos já referidos problemas de segurança pública e mobilidade urbana. Isto sem falar nas altas taxas de pernoite, praticagem e de embarque e desembarque por passageiro e carga.

Por outro lado, urge a necessidade de adoção, pelo Brasil, da Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (*Maritime Labour Convention* – MLC 2006), da Organização Internacional do Trabalho, bem como de uma regulação específica que afaste de vez esse afã de aplicação da lei brasileira ou da lei mais benéfica em relação aos cruzeiros que navegam predominantemente em águas internacionais e no Brasil apenas aportam.

Esse afã é capaz de causar conflitos internacionais, afastar a opção pela utilização de mão de obra nacional e ainda tornar desinteressante, pela opção por uma soberania que atenta contra a adesão brasileira ao Código de Bustamante, ter o Brasil, que já conta com os entraves portuários e urbanos assinalados, como roteiro dos cruzeiros marítimos.

Com efeito, exceto nos casos de transferência do trabalhador brasileiro aqui admitido, em que é aplicável a Lei nº 7.064/1982, ou naqueles em que o trabalho ocorre predominantemente em águas brasileiras, a lei do pavilhão, como elemento de conexão entre elementos multinacionais da prestação do trabalho marítimo (nacionalidade da embarcação, nacionalidade do trabalhador, território da prestação do trabalho), é a que, nos termos do Código de Bustamante, evita a multiplicidade de legislações em relação aos trabalhadores de diversas nacionalidades.

As resoluções normativas do Conselho Nacional de Imigração têm se preocupado com a questão do aproveitamento de mão de obra brasileira nas navegações de cabotagem nas temporadas de cruzeiros marítimos pela costa brasileira, ex-vi das Resoluções Normativas números 05 e 06/2017, bem como quanto à situação dos estrangeiros no Brasil nas navegações de longo curso (RN nº 83/2008).

No tocante aos cruzeiros que exploram temporada da costa brasileira, também há carência de regulação legislativa que, considerando as especificidades do trabalho em cruzeiros marítimos, regule o tempo diário de disponibilidade em relação às diversas profissões ou categorias; os efeitos da necessidade de revezamento; os fracionamentos de intervalo; a forma de compensação de horas suplementares, domingos e feriados; o custeio das despesas de repatriamento em caso de extinção do contrato no exterior; a exclusão do prazo de carência entre um contrato a prazo e outro subsequente; cotas mínimas de aproveitamento de trabalhador brasileiro, inclusive de deficientes a bordo; forma de distribuição de gorjetas e efeitos; e, normas de saúde e segurança do trabalho a bordo.

Referências

BRASIL. CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. **Resolução Normativa nº 05/2017**, arts.5º, caput e §§1º e 2º, 7º, caput e parágrafo único e 8º.

_____. CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. **Resolução Normativa nº 06/2017**, do CNIg, art.4º, III.

_____. CONSELHO NACIONAL DE IMIGRAÇÃO. **Resolução Normativa nº 83/2008**, do CNIg, arts.1º e 2º

_____. **Consolidação das Leis do Trabalho**, artigos 234, 248 a 250, 443, § 2º, a, 451, 452, 511, §§ 1º, 2º e 3º, 570, parágrafo único, 571, 577, 611-A e 611-B.

_____. Consolidação das Leis do Trabalho. Quadro de atividades e profissões – anexo do Decreto-lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943 (CLT).

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>.

_____. **Decreto nº 2.596**, de 18 de maio de 1998, art.1º, I a IV.

_____. **Decreto nº 6.968** de 29 de setembro de 2009, art.1º, §1º.

_____. **Decreto nº 7.381**, de 02 de dezembro de 2010.

_____. **Decreto nº 18.871**, de 13 de agosto de 1929, artigos 274 e 279.

_____. **Decreto nº 99.165**, de 12 de março de 1990, art,92, I e II

_____. **Lei nº 605**, de 5 de janeiro de 1949, art. 9º.

_____. **Lei nº 3.857**, de 22 de dezembro de 1960, Art.41.

_____. **Lei nº 6.533**, de 24 de maio de 1978, art.21.

_____. **Lei nº 7.064**, de 6 de dezembro de 1982.

_____. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991, art.93.

_____. **Lei nº 9.537**, de 11 de dezembro de 1997, art.2º, XVI, art.7º, caput e parágrafo único e art.8º, I a III.

_____. **MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. TAC nº 308/2016** firmado com as empresas de navegação que operam em águas brasileiras.

_____. **TRIBUNAL SUPERIOR DO TRABALHO. Súmulas nºs. 96 e 374.**

CÓDIGO DE BUSTAMANTE (Convenção Internacional de Havana, de 1929)

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Convenção das Nações Unidas sobre Direitos do Mar (CNUDM), art. 92, parágrafo 1.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 7, OIT, sobre idade mínima.

_____. ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção 146, OIT, sobre férias remuneradas.

_____. Convenção 163, OIT, sobre bem-estar no mar e no porto.

_____. Convenção 164, OIT, sobre proteção à saúde e assistência médica.

_____. Convenção nº 166, sobre repatriação dos trabalhadores marítimos.

_____. Convenção nº 147, sobre normas mínimas da marinha mercante.

_____. Convenção nº 178, sobre inspeção das condições de vida e de trabalho.

_____. Convenção do Trabalho Marítimo nº 186 (MLC 2006, para regulação abrangente dos direitos do trabalhador marítimo).

SUSSEKIND, Arnaldo. **Conflitos de Leis do Trabalho**. Biblioteca Jurídica Freitas Bastos, 1979.

SUBJETIVIDADE COMO AUTONOMIA EM SOCIEDADES LÍQUIDAS, UM NÚCLEO DURO

Alexandre de Oliveira

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pela Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); ervidor do Superior Tribunal Militar (STM).

Resumo

O artigo visa analisar a subjetividade como autonomia em sociedades líquidas, entender e resguardar esse núcleo é fundamental para o planejamento e execução de políticas públicas nas sociedades líquidas. A implementação de políticas públicas pode ser feita por meio de ações judiciais, que foram chamadas de estado de coisas inconstitucional na Colômbia e neste artigo preferimos a designação de ações estruturais. A partir dessa leitura iremos compreender o papel desempenhado pelo Ministério Público na formulação dessas políticas realizadas pelo Poder Judiciário, para este desiderato usaremos o parecer técnico 695/2016 – SEAP, que analisa os documentos relativos ao cadastramento de atingidos pelo desastre provocado pelo rompimento da Barragem de rejeitos da Samarco Mineração S/A, VALE S/A e BHP Billiton Brasil LTDA na cidade de Mariana/MG ocorrido no dia 05 de novembro de 2015. Após o Supremo Tribunal Federal (STF) decidir no recurso extraordinário nº 592581/2015 que pode o Poder Judiciário determinar que a Administração Pública realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral, o Brasil teve experiência, ainda que incipiente, sobre ações estruturais. Essa decisão do STF alavancou iniciativas legislativas que estavam adormecidas no Congresso Nacional entre elas encontramos o Projeto de Lei 8058/2014 que institui o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário de autoria do Deputado Paulo Teixeira PT/SP, a partir de uma análise transdisciplinar estudaremos o conceito de ações estruturais por meio do parecer técnico 695/2016 – SEAP em que verificamos a subjetividade como autonomia ser um núcleo duro a ser preservado para a concretização de direitos fundamentais por meio de políticas públicas determinadas pelo Poder Judiciário. Para a realização de uma ação estrutural precisamos analisar o papel dos atores processuais, sendo o artigo 127 da Constituição Federal o norte do papel desempenhado pelo Ministério Público como garantidor da coerência, logicidade e adequação das decisões Judiciais. Nossa conclusão é que a subjetividade, como autonomia, é um núcleo duro em sociedades líquidas que deve ser preservado na formulação e execução de políticas públicas a serem providas por ações estruturais a serem regidas *por legeferenda*. O Recurso Extraordinário nº 592581, marca definitivamente a passagem do STF de uma corte conservadora preocupada com a autocontenção para uma corte protagonista no cenário nacional na defesa dos direitos fundamentais por meio do ativismo judicial.

Palavras chaves: ação estrutural; políticas públicas; subjetividade; sociedades líquidas; Ministério Público.

Abstract

The article aims at analyzing subjectivity as autonomy in liquid societies, understanding and

safeguarding this core is fundamental for the planning and execution of public policies in the contemporary liquid societies for the implementation of structural actions. From this reading we will understand the role played by the Public Ministry in the formulation of these policies, for this purpose we will use the technical opinion 695/2016 - SEAP, which analyzes the documents related to the registration of those affected by the disaster caused by the rupture of the Samarco tailings dam Mineração S / A, VALE S / A and BHP Billiton Brasil LTDA in the city of Mariana / MG occurred on November 05, 2015. After the Supreme Court (STF) decides in Extraordinary Appeal No. 592581 that the Judiciary may determine that the Public Administration carry out emergency works or reforms in prisons to guarantee the prisoners' fundamental rights, such as their physical and moral integrity, Brazil has had experience, although incipient, on structural actions. This decision of the STF leveraged legislative initiatives that were dormant in the congress between them we find the Bill 8058/2014 that establishes the special process for the control and intervention in public policies by the Judicial Power of Paulo Teixeira PT / SP, from of a transdisciplinary analysis we will study the concept of structural actions through technical opinion 695/2016 - SEAP in which we verify the subjectivity as autonomy. Article 127 of the Federal Constitution gives us the coordinates of the role played by the Public Ministry as guarantor of the coherence, logic and adequacy of judicial decisions. Our conclusion is that subjectivity, as autonomy, is a hard core in net societies that must be preserved in the formulation and execution of public policies to be provided by structural actions to be governed by *lefeferenda*. Extraordinary Appeal No. 592581, definitively marks the passage of the STF from a conservative court concerned with self-restraint for a leading court in the national scene in the defense of fundamental rights through judicial activism.

Key words: structural action, public policies, subjectivity, liquid companies, Public Prosecutor's Office.

Introdução

Os direitos historicamente são agregados à sociedade de acordo com a sua evolução, isso se deve pelo fato de que com a evolução da sociedade surgem novos conflitos interpessoais que exigem novos direitos materiais do Estado que em consequência cria instrumentos para a resolução desses novos conflitos. Difícil nessa dinâmica é encontrar o parâmetro a ser usado como diretriz para estabelecer quais interesses devem ser socialmente reconhecidos como dignos de serem protegidos como direitos em uma sociedade líquida e quais instrumentos devem ser usados para efetivar esses direitos novos ou já previstos, pois estamos numa sociedade carente da efetiva concretização da justiça social que desenvolva os direitos fundamentais na nossa sociedade visto que:

- 1) Las exigências de justiciadistributiva y elas seguramente de los derechos humanos requieren de la estrutura normativa de los Estados, se hace necessário justificar ladiferenciación entre el contexto nacional y el

contexto global de lajusticia, entendendo que las exigências de justicia distributiva son, em primer lugar, asuntos de lá politica interna de cada Estado.

2) Una concepción de justiciadebe combinar de manera correcta os distintos contextos de justicia, el local nacional y el global o transnacional, para poder identificar como y pro quê lassituaciones de probleza y deigualdade radical, existentes em nuestros países, constituyenun problema de justicia e conomica (RODAS, 2007, p. 23)

As exigências de justiça e a garantia dos direitos fundamentais exigem uma estrutura normativa dos Estados, sendo necessário evitar a diferenciação sem razão epistemológica.

1. Sociedade Líquida

A grande pergunta que se faz nas sociedades modernas é como um Estado pode por meio de seus órgãos criar estruturas normativas que garantam a justiça e os direitos fundamentais, pois “na história da modernidade capturamos as metáforas fluidez e liquidez como adequadas para considerar a natureza presente”.

A grade tragédia ambiental ocorrida em Mariana/MG e os seus resultados pós fatos nos faz questionar se o modelo de processo bipolar que dispomos é capaz de concretizar a ideia de justiça em uma sociedade líquida, pois a *praxe* forense atual não seria mais um solido a ser derretido?

Os sólidos que estão para ser lançados no cadinho e os que estão derretendo neste momento, o momento da modernidade fluida, são os elos que entrelaçam as escolhas individuais em projetos e ações coletivas – os padrões de comunicação e coordenação entre as políticas de vida conduzidas individualmente, de um lado, e as ações políticas de coletividades humanas, de outro

Nossa sociedade se desenvolve possuindo características de uma sociedade de mercado onde tudo se transforma em mercadoria de acordo com a lógica da acumulação, podemos citar algumas características dessa sociedade líquida atrelada ao capital e ao consumo que são: invenção tecnológica como fator modificador da sociedade, meios de comunicação de massa com lepidéz infindável de informações responsáveis pela propagação de ideologias e padronização cultural que vão de desejos à modos de se

comportar, essa forma a padronização cultural forma uma estrutura estruturante com instrumentos que põe à margem grande parte da população por meio de uma violência simbólica advinda da despersonalização do indivíduo que passa a ser mais um número que compõe o exército de reserva de uma economia que banaliza a injustiça social por meio da escassez de bens materiais e simbólicos, o que conduz o indivíduo a fazer escolhas que levam-no a uma permanente luta para realizar a atribuição de sentido a sua própria vida.

O mundo contemporâneo possui como cenário: as relações jurídicas que são palco das relações econômicas, estas necessitam ser politizadas no ambiente jurídico devido à tensão moral e social dos conflitos por reconhecimento travados numa sociedade capitalista em que a exclusão é regra de motivação para pertencer ao sistema.

Para Maquiavel “a questão é saber de que maneira o conflito ininterrupto entre os homens pode ser habilmente influenciado em favor dos detentores do poder (...) o campo da ação social consiste numa luta permanente dos sujeitos pela conservação de sua identidade física”. A atuação do Ministério Público por meio da ação estrutural nos moldes do Projeto de Lei nº 8058/2014 traz uma nova concepção de ação que é policêntrica e o exercício do poder nesse novo modelo de ação precisa fundamentar-se numa teoria de justiça de teor normativo que seja capaz de proporcionar o reconhecimento da subjetividade moderna aos envolvidos na luta por seus direitos. Esta subjetividade é encontrada nos estudos de Max Weber sobre o sujeito moderno, para este autor “o sujeito moderno supõe um sujeito capaz de atribuir sentido às suas ações, e de usufruir da liberdade de ser senhor de si, ou seja, capaz de orientar e sustentar suas avaliações e escolhas” (VELOSO, 2000, p. 255)

Como consequência delineia-se assim a ideia de uma teoria crítica da sociedade na qual os processos de mudança social devem ser explicitados com referências às pretensões normativas estruturantes inscritas na relação de reconhecimento recíproco. Desse modo, origina-se no plano de uma teoria da intersubjetividade um conceito de pessoa em que a possibilidade de uma autorrelação imperturbada se revela dependente de “três formas de reconhecimento: amor, direito e estima”(AXEL, 2003, p. 24).

A atuação de um órgão na concretização dessa teoria crítica da sociedade necessita da materialização que perpassa pelo desenvolvimento do Estado como aparelho repressivo e do Estado como aparelho ideológico, já que o direito é elemento central da forma capitalista como sistema de dominação, segundo Max na democracia moderna reina a

liberdade, propriedade, igualdade e Bentham.

Na democracia moderna o direito é capaz de garantir a liberdade, difundindo a concepção de que as normas jurídicas, resultantes de decisões modificáveis por um legislador político, são asseguradas devido a dois fatores: a coerção e a autolegislação. Nessa perspectiva, os indivíduos não obedecem ao direito apenas porque ele é um instrumento legitimado por um tipo de dominação e seu descumprimento tenha como consequência sanções. Mas também porque ele se fundamenta num processo legislativo, no qual os indivíduos não se sentem apenas destinatários das normas jurídicas, como também seus autores.¹

Já nesta democracia a propriedade possui fator preponderante nos estabelecimentos das classes sociais, sendo que:

A propriedade no sistema capitalista é caracterizada não apenas pelos poderes de fruição, de uso e de disposição que são faculdades inerentes à situação de proprietário, mas principalmente a sua feição como relação em que um sujeito que é titular de uma situação ativa de propriedade, existe não um sujeito determinado, mas a coletividade, que deve respeitar aquela situação e não se ingerir na esfera do titular (PERLINGIERI, 2008, p. 11).

As democracias modernas possuem a injustiça social como entrave ao desenvolvimento, assim para se desenvolverem há a exigência da transformação da igualdade formal em igualdade material, ou seja, que o exercício dos direitos seja pautado por iguais oportunidades materiais.

Não é suficiente a garantia de que o Estado se abstenha de comportamentos invasivos da liberdade individual (liberdade frente ao Estado), mas sim é necessário que o Estado, mediante ações próprias, assegure o efetivo exercício da liberdade (liberdade através do Estado) (PERLINGIERI, 2008, p. 15).

Bentham propõe para o Direito a teoria utilitarista em que a felicidade geral viria com a obediência ao Estado, dessa forma a contribuição do cidadão é a sua obediência.

O sistema capitalista elegeu seus valores: propriedade e liberdade enquanto autonomia para negociar, construiu uma ética própria que é centrada na busca do lucro para isso criou ideologias e aparelhou-se dos instrumentos repressivos do Estado entre eles o

¹ Cfr. Mattos, Patrícia Castro – As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política, Sergio Fabris Editor, Poro Alegre/2002 fls70

Direito, ocorre que esta ideologia do direito enquanto autolegislação é mais um sólido que se derrete devido à crise das democracias, fenômeno contemporâneo em que as pessoas já não se veem representadas pelas decisões do parlamento, a concepção da formação do direito já é vista com desconfiança.

Para termos uma pequena noção da esperança que a autolegislação e a forma de Governo República possuía quando do seu desenvolvimento vamos citar um pequeno trecho da carta de Tocqueville ao seu primo Luís de Kergorkay onde fala desse projeto ambicioso na América.

Descrever muito exatamente o que seria necessário esperar e temer da liberdade. Nós temos tido na França, nos últimos cem anos, a anarquia e o despotismo sob todas as formas, mas jamais nada que se assemelhasse a uma república. Se os monarquistas pudessem ver marcha interior de uma república bem organizada, o respeito profundo que se tem ali pelos direitos adquiridos, a pujança desses direitos nas massas, a religião da lei, a liberdade real e eficaz do progresso cômodo e natural que ali seguem todas as coisas, perceberiam que abarcam sob um comum estado diversos que nada possuem de análogo (PERLINGIERI, 2007, p. 15).

Assim como a República as empresas após a revolução industrial trouxeram um pequeno desalento.

A empresa, ao mesmo tempo em que era o ponto de partida do sofrimento e da injustiça (planos de demissões, “planos sociais”), acenava com a promessa de felicidade, de identidade e de realização para os que soubessem adaptar-se a ela e contribuir substancialmente para o seu sucesso e sua “excelência”. Hoje afóra seu objetivo principal – o lucro-, o que caracteriza uma empresa não é mais sua produção, não é mais o trabalho. O que caracteriza é sua organização, sua gestão, seu gerenciamento (DEJOURS, 2006, p. 41).

Nesse cenário em que a iniciativa privada se mostra preocupada apenas com o lucro das empresas “impõe-se distinguir o discurso que trata o direito no plano das abstrações daquele que dele cogita como realidade (s) concreta(s)” (GRAUS, 2008, p. 19).

O direito não pode ficar enraizado exclusivamente nas formas capitalistas, pois ele é o instrumento que promove as condições de vida, logo o direito é espaço de luta de classes por uma lógica de poder que engloba desde o mito de neutralidade de Kelsen a ilusão do conceito de vontade do ser humano como sujeito de autodeterminação.

Visto assim, o direito não há de ser concebido exclusivamente como produto das relações econômicas, externo a elas, ou apenas como ideologia que oculta a natureza

real das relações de produção, ou ainda, tão-somente como expressão da vontade da classe dominante e meio de dominação (GRAUS, 2008, p. 20).

Durante o processo de transição para a democracia na década de 1980, afloraram várias demandas sociais e econômicas que estavam sendo repreendidas há séculos pela falta de liberdade devida configuração política e social do Brasil, visto nossa modernização ser periférica no sentido que diferente dos países centrais como França e Inglaterra onde a modernidade chegou a galope dos movimentos revolucionários, a modernização do Brasil se deu pela composição das elites que privilegiaram os interesses de grupos em diferentes governos, apenas para citar alguns desses grupos tivemos: na República Velha a política do café com leite que beneficiava os grandes produtores rurais, no Estado Novo a construção das grandes Estatais e as Leis trabalhista tiveram como direcionamento não apenas o bem estar do trabalhadores, mas também a formação das Centrais Sindicais ligadas ao governo Getulista que inviabilizaram a organização autônoma dos Sindicatos, nos anos 60 o desenvolvimentismo dos 50 anos em 5 possibilitou a formação das grandes empreiteiras do país, dessa forma a gestão governamental esta vinculada a formação de elites que direcionam os recursos públicos a interesses privilegiados da sociedade e não a sociedade de forma geral para se concretizar o real sentido de República.

Foi com a promulgação da Constituição de 1988, que se deu a primeira experiência brasileira de reconhecimento universal de direitos sociais inerentes a cidadania. Entretanto a compreensão de universal significa não atendimentos de todos, mas diz respeito a estes não mais se reportando às categorias profissionais de 1930, pois nessa época direitos sociais eram entendidos como direitos básicos de cidadania, mas não eram universais.

É com esse panorama que em apenas 30 anos de Constituição Cidadã, já podemos falar em crise de direitos, pois princípios como a dignidade humana e a proibição do retrocesso social não estão sendo capazes de frear a negação de direitos sob o auspício do princípio da reserva do possível.

A falta de reação coletiva diante da adversidade social e psicológica é reflexo da nossa sociedade que se liquefaz, seja pelo temor do desemprego que empurra uma massa a ser reserva do sistema capitalista para exploração de sua mão de obra a “negação do real, que implica a supervalorização da concepção e do gerenciamento, que leva a interpretar os fracassos do trabalho usual como resultado da incompetência, da falta de seriedade, do desleixo, da falta de preparo, da má vontade, da incapacidade ou do erro humano” (DEJOURS, 2006, p. 63).

Neste cenário o sujeito contemporâneo é capturado por sua própria subjetividade sem contudo ter condições de exercê-la temos assim a primeira lei da natureza para Bentham que

Consistiria em buscar o prazer e evitar a dor, sendo necessário para alcançar tal escopo que a felicidade pessoal fosse alcançada pela felicidade alheia. (...) A solução para encontrar a cooperação entre os homens, ele a aponta na identificação de interesses, factível através da atividade legislativa do governo (FREITAS, 1986, p. 244).

A sociedade contemporânea desenvolve um modo de vida cada vez mais estilizado em que se acentua o egoísmo, pois experiência privada e as práticas de isolamento restringe as possibilidades de sociabilidade e de comunicação entre os indivíduos contribuindo para à banalização da injustiça social, pois cada cidadão esta buscando melhores condições para si de forma a escapar de um sistema de saúde universal ou escolas públicas, dessa forma esfacela o sentido de República como governo de todos, “o Estado perdeu sua substância sagrada. Ora, o processo de secularização da bases espirituais do poder do Estado sofre de deficiência que precisão ser compensadas através de uma democratização progressiva, para que o Estado de direito não venha a correr risco” (HABERMAS, 2003, p. 188).

Uma sociedade líquida nos faz retroceder à casa de Polemarco 380 a.C nos diálogos entre Trasímaco, Platão, Sócrates, Gláucón, Nicerato e Adimanto retratados na obra *A República* de Platão, na qual se discute a “fórmula” que garanta uma harmoniosa administração a uma cidade, mantendo-a livre da anarquia, dos interesses e disputas particulares e do caos completo.

Não há formulas prontas e acabadas, mas há sempre o agir comunicativo de Habermas que propõe a reconstrução de uma teoria da sociedade comprometida com a prática, “uma sociedade é constituída a partir do momento em que for capaz de confrontar-se consigo mesma em formas institucionais adequadas e em processos normativos de adaptação, de resistência e de autocorreção”(PREUS *apud* HABERMAS, 2003, p. 189).

2. Teoria da Justiça

O direito material precisa de novas técnicas processuais como a ação estrutural que deve ser desenvolvida como método de superação dos obstáculos à efetividade dos direitos. Esta falta de efetividade causa a crise dos direitos material corroendo o sentido de cidadania nas democracias contemporâneas.

A efetividade passa pelo conjunto de meios adequados destinados a produzir resultados úteis a sociedade, dessa forma os conceitos de justiça desenvolvidos por Amartya Sen, que busca na antiga ciência do direito indiano do sânscrito antigo: *niti* e *nyaya* são fundamentais a

construção de uma sociedade mais justa. *Niti* diz respeito tanto à adequação organizacional quanto a correção comportamental ela esta ligada à concepção de sistemas formais, modelos e metodologias, enquanto *nyaya*, diz respeito ao que resulta e ao modo como emerge, em especial, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar. Esses conceitos compõe a ação estrutural, já que ela possui a seguinte estrutura de litígio:

A caracterização de um litígio estrutural envolve a superposição de algumas características. Primeiro, trata-se de um conflito de elevada complexidade, que envolve múltiplos pólos de interesse, os quais se apresentam em oposição e alianças parciais. Segundo o litígio estrutural implica a implementação, pela via jurisdicional, de valores públicos reputados juridicamente relevantes, mas que não foram bem-sucedidos espontaneamente, na sociedade (VITORELLI, 2017, p. 371).

A base informacional das teorias normativas em geral, e das teorias de justiça em particular, tem importância decisiva para o debate sobre políticas públicas que podem trazer novamente a substância sagrada do Estado.

O Projeto de Lei nº 8058/2014 possui entre suas características a cognição ampla e profunda, de modo a propiciar ao juiz o assessoramento necessário ao pleno conhecimento da realidade fática e jurídica dos conflitos multipolares (inciso IV do artigo 2º do PL 8058/2014).

Uma ação estrutural para estabelecer uma política pública precisa conhecer os destinatários dessa política, isso é importante para promover o diálogo entre o juiz, as partes, os representantes dos demais Poderes e a sociedade além de propiciar a adoção, quando necessário, de comandos judiciais abertos, flexíveis e progressivos, de modo a consentir soluções justas equilibradas e exequíveis (incisos III e IX do artigo 2º do PL 8058/2014).

O desastre ambiental em Mariana tem como características a destruição da cidade e de todo aparato simbólico de vivências de seus habitantes, logo partimos da necessidade da construção do novo meio ambiente que segundo José Afonso da Silva “o meio-ambiente é assim, a interação do conjunto de elementos naturais, artificiais e culturais que propiciam o desenvolvimento equilibrado da vida em todas as suas fases”

O Projeto de Lei 8058/2014 ao instituir o processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário reconhece as ações estruturais como um novo espaço simbólico com suas práticas, preferências, linguagens e símbolos dos quais os agentes se atribuem valor, ao mesmo tempo, que atuam na trama do poder.

Essas características da ação estrutural são importantes para o planejamento e gestão governamental conforme conceitos de justiça encontrados na antiga ciência do direito indiano do sânscrito antigo: *niti* e *nyaya* fundamentais ao litígio estrutural, pois:

O litígio estrutural se diferencia pela necessidade de uma instituição, pública ou privada, para permitir a promoção do valor público visado. Essa instituição pode ser a protagonista da violação do direito material litigioso ou pode obstaculizar a sua promoção. De todo modo, no contexto de um litígio estrutural, a tutela jurisdicional efetiva e duradoura é condicionada à alteração do comportamento institucional (VITORELLI, 2017, p. 371).

Para a construção de uma sociedade mais justa, precisamos dos conceitos de *niti* que diz respeito tanto à adequação organizacional quanto a correção comportamental ligando-se à concepção de sistemas formais, modelos e metodologias, quanto precisamos do conceito de *nyaya*, que diz respeito ao que resulta e ao modo como emerge, em especial, a vida que as pessoas são realmente capazes de levar.

Veremos como a praxis do Ministério Público no caso Mariana trouxe base informacional de forma apta a atender a subjetividade moderna de uma sociedade líquida coadunando-se com o Projeto de Lei nº 8058/2014 de forma a mostrar sua expertise para a propositura de uma ação estrutural no caso concreto visando à criação de uma política pública,

O artigo 127 da Constituição Federal ao definir o Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis, lhe dá a legitimidade necessária para exercer o papel de garantidor da coerência, logicidade e adequação das políticas públicas fazendo o Estado cumprir os fins de uma política pública que é “a consolidação da democracia, justiça social, manutenção do poder, constituindo elemento orientador geral de inúmeras ações” (SARAIVA, 2006, p. 28).

Podemos conceituar política pública como um fluxo de decisões do Estado orientado a busca do equilíbrio social que promova à igualdade material de seus cidadãos. Estas decisões são condicionadas pela sinergia que provocam no tecido social, bem como pelos valores, ideias e visões dos que adotam ou influem na decisão, é possível considerá-las como estratégias que apontam para diversos fins, todos eles, de alguma forma, desejados pelos diversos grupos que participam do processo decisório.

Veremos que para uma política pública ser implementada é necessário ações normativas desencadeadas pelos entes públicos no exercício do poder extroverso por meio do seu caráter jurídico “imperativo” para isso é necessário base teórica que possua a “essência de uma teoria da justiça que pode, em grande medida, ser compreendida a partir de sua base informacional: que informações são – ou não são - consideradas diretamente relevantes” (SEN, 2017, p. 82).

Começamos nossa análise a partir do parecer técnico nº 695/2016 – SEAP, que analisa

os documentos relativos ao cadastramento de atingidos pelo desastre provocado pelo rompimento da Barragem Samarco Mineração S/A., Vale S/A e BHP Billiton Brasil LTDA, em Mariana/MG, que resultou na anulação do Termo de Transação e de Ajustamento de Conduta nos autos do agravo de instrumento nº 00024536-41.2016.4.01.0000 pela Quinta turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região.

O parecer parte do pressuposto de que o desastre deve servir de referência para a não repetição de outros. O mesmo pode ser dito sobre o processo de reconhecimento dos sujeitos de direitos e reparação das violações, de modo que sejam garantidas a proteção e, igualmente, a não repetição. Para isso a participação efetiva desses sujeitos de direito, individuais e coletivos, é fundamental, desde as fases iniciais, para que não venham a ocorrer outras sucessivas violações dos direitos humanos.

O Projeto de Lei nº 8058/2014, institui processo especial para o controle e intervenção em políticas públicas pelo Poder Judiciário, assim precisamos entender que a perspectiva da política pública é dada pela interação entre indivíduos e a crescente participação dos usuários e grupos de pressão nos processos decisórios isso tudo favorece a transparência e fomenta o controle social das ações do Estado atendendo “um desejo crescente de participação democrática nas decisões estatais, na sua implementação, no seu controle e nos seus benefícios” (SARAIVA, 2006, p. 22).

No parecer sob análise, foi frisado a importância do cadastro que embora fosse um levantamento preliminar possui grande relevância para o processo de reconhecimento e digna reparação, sendo que a realização de forma inadequada pode resultar em ocultação ou produção de provas desfavoráveis às vítimas.

O cadastro é um dos componentes da base informacional para a indenização e reparação das vítimas que poderia ser um dos instrumentos de construção de uma política pública por esse motivo a sua importância

A partir desse cadastro temos o primeiro parâmetro de logicidade adotado pelo Ministério Público no Caso Mariana que foi a concepção de sujeito de direito, ‘a noção de sujeito de direito é uma noção histórica com consequências que esta afirmação acarreta’².

A concepção de sujeito de direito nasce patrimonializada pelo Capitalismo. O seu completo desenvolvimento é pelo advento das relações de produção que reduzem a força de trabalho à forma de mercadoria. A universalidade do sujeito de direito é na verdade a do sujeito proprietário que dispõe de sua mão de obra como mercadoria a ser negociada. Sujeito de direito

Cfr. ²Miaille, Michel – Introdução crítica ao Direito, tradução Ana Prata, editora Estampa, ano 2005 fls121

é uma máscara usada pelas pessoas para lhe atribuir à capacidade jurídica para as relações de troca num ambiente mercantil.

Quando a Constituição Federal erige a dignidade da pessoa humana a um valor moral e espiritual inerente a pessoa, temos que entender que o parâmetro de logicidade de aplicação desse conceito muda toda uma sistemática de valores simbólicos os quais são bem retratados.

Em diligência requerida pelo Ministério Público a empresa Samarco destaca que “o processo de cadastro constitui importante etapa prévia à identificação da população diretamente impactada e ao consequente dimensionamento de todos os Programas Socioeconômicos que serão implementados para endereçar esses impactos.

A empresa Sinergya contratada pela Samarco para prestar à consultoria, ao realizar o Programa de Levantamento e Cadastro dos Impactados e o Cadastro Integrado, afirmou que o cadastro será feito por formulário de pesquisa no qual consiste em um instrumento único para coleta de dados, sendo que serão pesquisados os bancos de dados e registros de levantamentos emergenciais anteriores, analisadas as informações coletadas por diversas instituições públicas.

Pelo Ministério Público foi feita a observação de que:

A Samarco Mineração S/A dispõe de dados ou diagnósticos anteriores ao desastre, realizados no processo de licenciamento ambiental da Barragem de Fundão, sobre algumas comunidades. Se estes dados vierem a ser utilizados pelas empresa eles deveriam, antes, ser expostos ao conhecimento das vítimas para que estas tenham a oportunidade de avalia-los, atualizá-los, confirmá-los ou mesmo refutá-los quando for o caso.

O Direito possui sua dialética baseada no confronto entre fatos e normas, sendo o liame para o convencimento e formação da decisão do Juiz o contraditório, dessa forma a Empresa Sam Marco ao usar dados sem a participação dos interessados, retira destes a sua autonomia como agentes do processo de mudança, por esse fato as vítimas precisam ter a oportunidade de avaliar, atualizar, confirmar e até mesmo refutar os dados de que dispõe a Empresa de forma a alimentar o processo estrutural adequadamente com a racionalização promovida pela interação de seus atores.

Como vimos nos estudos de Max Weber sobre o sujeito moderno, para este autor “o sujeito moderno supõe um sujeito capaz de atribuir sentido às suas ações, e de usufruir da liberdade de ser senhor de si, ou seja, capaz de orientar e sustentar suas avaliações e escolhas (VELOSO, 2000, p. 255).

Max Weber atribui ao sujeito moderno autonomia, entretanto essa autonomia deve ser baseada em informações que possam orientar e sustentar suas avaliações e escolhas, existe uma

relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o princípio do contraditório.

Como aduz Habermas: O exercício do poder político se orienta e se legitima pelas leis que os cidadãos criam para si mesmos numa formação de opinião e da vontade estruturada discursivamente. Quando se considera essa prática como um processo destinado a resolver problemas, descobre-se que ela deve a sua força legitimadora a um processo democrático destinado a garantir um tratamento racional de questões políticas (HABERMAS, 2003, p. 213)

O parecer técnico nº 695/2016 – SEAP, ressalta que “em análise dos conceitos e critérios que as adjetivam, as pessoas que sofreram e ainda sofrem as consequências do desastre da Barragem de Fundão são ditas como apenas “impactadas”, nos documentos analisados. Não é esta a designação adotada no parecer que entende-se que são sujeitos de direito vitimados pelos desastre”.

3. Sujeito de direito à racionalidade pela Subjetividade como autonomia.

Quando a atuação do Ministério Público parte da conceituação dos envolvidos como sujeitos de direitos e não meros “impactados”, temos o desempenho do Ministério Público como garantidor da coerência e logicidade necessárias a proposição de ações estruturais adequadas à formulação de políticas públicas, isso porque por meio desse conceito jurídico temos a subjetividade das pessoas como expressão de sua autonomia.

Como instituição permanente e essencial a função jurisdicional cabendo à defesa da ordem jurídica, do regime democrático, dos interesses sociais e individuais indisponíveis o Ministério Público possui o dever de zelar pelo “paradigma do Estado Democrático de Direito, como ordem jurídica à qual estão vinculados princípios e valores fundamentais, que são frutos do processo comunicativo dos sujeitos de determinada comunidade” (SENRA, 2018, p. 197)

O papel garantidor do Ministério Público na coerência, logicidade e adequação das políticas públicas parte da “compreensão da estrutura argumentativa das razões oferecidas em decisões judiciais é útil para identificar o uso dos argumentos em um caso concreto, analisar a consistência, a coerência, e as consequências normativas das decisões” (SENRA, 2018, p. 198) exige que a adoção de parâmetros que concedam aos envolvidos no processo a máxima subjetividade, como autonomia, pois como vimos em Max Weber o sujeito moderno supõe um sujeito capaz de atribuir sentido às suas ações, e de usufruir da liberdade de ser senhor de si, ou seja, capaz de orientar e sustentar suas avaliações e escolhas.

E pelo parâmetro argumentativo de sujeito de direito que os envolvidos no maior desastre ambiental do Brasil poderão ser considerados na visão Weberiana como sujeito moderno, já que esse conceito lhe concede a liberdade para agir como centros subjetivos capazes de atribuir

sentido às suas ações.

Considerações finais

O percurso intelectual busca mostrar que existem parâmetros racionais que devem ser usados na atuação do Ministério Público, na formulação de políticas públicas por meio de ações estruturais que seguirão o rito definido *lege ferenda* pelo Projeto de Lei nº 8058/2014. Este rito deve ter arcabouço axiológico que garanta o reconhecimento aos sujeitos modernos de uma sociedade líquida. Para esse reconhecimento a definição da ideia de justiça de Amartya Sen corroborada pelo conceito de sujeito de direito são essenciais para a atuação do Ministério Público no desempenho de seu papel de garantidor da coerência, logicidade e adequação das políticas pública, visando À concretização do Estado de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais.

Políticas Públicas realizadas por meio de decisões judiciais exigem fundamentos teóricos, objetivos e técnicas argumentativas que exigem de seus operadores, em específico do Ministério Público, arcabouço teórico e praxe jurídica efetiva para a pacificação social e a concretização material dos direitos fundamentais desenvolvendo uma sociedade inclusiva.

Referências

BAUMAN, Zygmunt. **Modernidade Líquida**. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.

DEJOURS, Christophe. **A banalização da injustiça social**. 7. ed. io de Janeiro: FGV, 2006.

FREITAS, Juarez. **As grandes linhas da filosofia do direito**. Caxias do Sul: UCS, 1986.

GRAU, Eros Roberto. **O direito Posto e o direito pressuposto**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

HABERMAS, Jegen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade, volume II 2**. Tempo Brasileiro, 2003

HONNET, Axel. **Luta por reconhecimento: a gramática moral dos conflitos sociais**. São Paulo: 34, 2003.

RODAS, Francisco Cortés. **Justicia y exclusión**. Bogotá: Siglo Del Hombre Editores, instituto de la Universidad de Antioquia, 2007.

Mattos, Patrícia Castro – **As visões de Weber e Habermas sobre Direito e Política**, Sergio Fabris Editor, Porto Alegre, 2002

MIAILLE, Michel. **Introdução crítica ao Direito**. Estampa, ano 2005.

PERLINGIERI, Pietro. **O Direito Civil na Legalidade Constitucional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SARAVIA, Enrique, **Políticas públicas**. Brasília: ENAP, 2006. 1 v.

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

ROESLER, Claudia; SENRA, Laura Carneiro de Mello (organizadores). **Retórica e Argumentação Jurídica modelos em análise**. Alteridade, 2018.

VELEZ, Rodrigues, Ricardo. **A democracia Liberal segundo Alexis de Toqueville**. Mandarim, 1998.

VELOSO, Mariza. **Política, Ciência e Cultura em Max Weber**. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

VITORELLI, Edilson. **Processos Estruturais**. Salvador

BRASIL. Parecer Técnico nº 695/2016 – SEAP – Ministério Público

MULHERES NO MOVIMENTO SINDICAL CONQUISTAM MAIS DIREITOS PARA MULHERES?

Karoline Ferreira Martins

Mestra em Direito, Estado e Constituição pela Universidade de Brasília, especialista em Direito Constitucional pela Faculdade Damásio de Jesus.

Introdução

A partir do início do século XX, acompanhando o processo de industrialização brasileira, observa-se um ingresso crescente das mulheres no mercado de trabalho. No entanto, devido à dupla exploração que sofrem, a de gênero e a de classe, sua inserção nas atividades econômicas tem sido marcada por uma série de desigualdades que as prejudicam em relação aos homens.

A discriminação na contratação e na ascensão profissional, a percepção de salários inferiores pelo exercício da mesma função, o assédio sexual e moral praticado por seus superiores hierárquicos e a acumulação das responsabilidades profissionais com as obrigações domésticas são marcas dessa desigualdade ainda bastante presente.

A inserção das mulheres no mercado de trabalho não veio acompanhada da redução de seus deveres familiares. Por um lado, além de realizar o trabalho remunerado, continuou cabendo a elas as responsabilidades pelo trabalho reprodutivo³, pela criação das crianças, pelo cuidado dos idosos e pelo serviço doméstico. Por outro lado, permaneceram como tarefa masculina o engajamento no trabalho produtivo e o papel limitado ao de provedor econômico do lar, em detrimento de outras tarefas domésticas que, nesses moldes, culturalmente são atreladas à mulher como um fardo imposto pela natureza.

A imposição social desses papéis de gênero⁴ tem marcado historicamente a desigualdade de oportunidades vivenciada pelas mulheres na sociedade. Basta lembrar que

³ A noção de trabalho reprodutivo deve ser compreendida em oposição ao conceito de trabalho produtivo. Este seria todo aquele que resulta na produção de bens ou serviços com valor econômico no mercado. Está associado, geralmente, ao trabalho realizado na esfera pública e profissional. Já o trabalho reprodutivo, englobaria as atividades de apoio, tal como os cuidados às crianças, aos adultos dependentes e pessoas doentes, os serviços domésticos prestados de forma não paga na esfera privada e familiar.

⁴ Aqui compreendidos como uma espécie de destino biológico a que estão submetidos homens e mulheres. O simples fato de nascer do sexo feminino ou masculino como fator definidor de que tipo de profissão, comportamento público, responsabilidades familiares, inserção na vida pública e no mercado de trabalho se deve ter.

o Código Civil de 1916 instituiu que a mulher casada era relativamente incapaz, tal qual os pródigos e os “silvícolas”⁵, o que impunha a ela uma tutela perante a sociedade, necessariamente masculina: primeiro o pai, depois o marido, e finalmente o patrão. A emancipação feminina tem sido um longo processo de lutas pela conquista de direitos.

No âmbito da atividade econômica, a organização das mulheres no movimento sindical se acentuou e ganhou espaço a partir dos anos 80, com a redemocratização do país. O ingresso feminino nas organizações sindicais, somado ao crescimento dos movimentos feministas na mesma época, inseriu no sindicalismo novas pautas e agendas políticas relacionadas à desigualdade de gênero no mercado de trabalho, à representatividade das mulheres nas instâncias deliberativas, bem como nas negociações coletivas.

Dessa forma, pretende-se analisar os efeitos provocados pela inserção das mulheres no sindicalismo, sobretudo no tocante aos seus reflexos sobre as negociações coletivas. Qual o impacto provocado pelo aumento da participação das mulheres no movimento sindical no que diz respeito às cláusulas coletivas de trabalho? Elas têm logrado conquistar mais direitos relacionados às suas demandas específicas? De que maneira essas conquistas refletem na divisão sexual do trabalho e na busca por condições mais igualitárias de trabalho e de vida? E, por fim, em que medida esse processo catalisa, simultaneamente, a formação de uma identidade coletiva, no plano sociológico, e de um sujeito coletivo de direitos, no plano jurídico?

Por meio da análise das contratações coletivas – acordos e convenções coletivas e sentenças normativas – é possível observar as cláusulas que dizem respeito à condição da mulher trabalhadora e sua progressão ao longo do tempo. As negociações coletivas oferecem, assim, indicador importante do quanto os sindicatos efetivamente consideram as mulheres como sujeito da política sindical. Podem ser verificadas quantas e quais reivindicações são incorporadas às pautas de negociação, quantas e quais são efetivamente conquistadas, demonstrando, em alguma medida, quais as alterações provocadas pela participação das mulheres no movimento sindical e nas relações de trabalho como um todo.

⁵ Art. 6. São incapazes, relativamente a certos atos, ou à maneira de os exercer:

I. Os maiores de dezesseis e menores de vinte e um anos (arts. 154 a 156).

II. As mulheres casadas, enquanto subsistir a sociedade conjugal.

III. Os pródigos.

IV. Os silvícolas.

2 Relações de gênero e desigualdade

2.1 Por que um recorte sobre as mulheres?

Antes de tudo, imperativo se faz responder à primeira questão que vem à mente de grande parte de quem se depara com análises realizadas sob o enfoque de gênero. Afinal, por que falar das mulheres trabalhadoras e não da classe trabalhadora como um todo? Por que provocar essa espécie de “divisionismo”, de “fragmentação” da classe trabalhadora? O mundo do trabalho, o movimento sindical e a terceirização são temas relevantes para qualquer trabalhador, seja homem, seja mulher; seria, assim, desnecessário ou mesmo infrutífero realizar uma abordagem segmentada, argumentariam alguns. De fato, esses são temas que interessam à classe trabalhadora em geral, tanto homens quanto mulheres. Todavia, dada a histórica desigualdade de gênero na sociedade, fatores como o neoliberalismo, a reestruturação produtiva, a precarização dos postos de trabalho e tantos outros assuntos ligados ao mundo do trabalho impactam de maneira distinta homens e mulheres e de forma mais cruel as mulheres negras e pobres.

Segundo os dados do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, o Brasil ocupa, atualmente, a 80ª posição no índice de desigualdade em razão de gênero (GII), sendo a primeira posição da Suécia, como país com menor desigualdade de gênero, e a última posição (146ª) do Lêmen⁶. Quanto à participação das mulheres na política, o Brasil ocupava, em dezembro de 2017, a 152ª posição entre os 190 países que informaram à Inter-Parliamentary Union (IPU)⁷ o percentual de cadeiras - em suas câmaras ou parlamento unicameral - ocupadas por mulheres em exercício, com 10,5%. Foi o pior resultado entre os países sul-americanos.

No Brasil, em 2016, as mulheres dedicaram aos cuidados de pessoas e/ou afazeres domésticos cerca de 73% a mais de horas do que os homens - 18,1 horas contra 10,5

⁶ PNUD, 2012. Esse índice leva em conta dados como taxas de mortalidade materna, taxas de fertilidade, assentos no parlamento nacional, número da população com pelo menos ensino secundário desagregado por sexo, taxa de participação na força de trabalho desagregada por sexo, taxa de prevalência de contraceptivos e assistência pré-natal. Observe-se que a posição do Brasil caiu da 70ª posição para a 80ª de 2008 para 2011, embora os valores absolutos desse índice tenham melhorado no tocante ao Brasil.

⁷ Organização global composta por 178 parlamentos nacionais membros efetivos e 12 membros associados, cujos trabalhos são observados por 70 organizações internacionais, dentre elas as Nações Unidas, a Organização Internacional do Trabalho - OIT e o Banco Mundial. Para informações mais detalhadas, consultar o endereço: <<https://www.ipu.org/>>.

horas (IBGE, 2018). Além disso, são elas que sofreram com o maior índice de desemprego do país no 4º trimestre de 2017. Cerca de 6,2 milhões de mulheres estiveram sem trabalho (mais de 200 mil em comparação aos homens), e as que estiveram empregadas ainda ganhavam 25% a menos do que os colegas de profissão, com um rendimento médio de R\$ 1.764 contra R\$ 2.306 da parcela masculina da população. Para completar, em 2016, só 37,8% dos cargos gerenciais eram ocupados por mulheres no Brasil. De acordo com a Organização Mundial da Saúde, o Brasil ocupa, ainda, a 5ª posição dos países mais violentos para as mulheres (a pesquisa foi feita entre 83 nações). Em 2016, segundo o Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 503 mulheres foram vítimas de agressão por hora no país (CSB, 2018).

O recorte de gênero na análise do mundo do trabalho e das conquistas de direitos obtidas pelo movimento sindical se torna, portanto, indispensável ao se constatar que a realidade das mulheres é profundamente distinta daquela vivida pelos homens – no passado e no presente - seja no tocante à inserção no mercado de trabalho, às promoções na carreira, ao salário e ao tipo de trabalho exercido – se mais ou menos precarizado. De forma que não é possível proceder a uma análise acurada de fenômenos ou aspectos laborais sem se levar em conta as desigualdades entre homens e mulheres e a divisão sexual do trabalho que impacta, seja no domínio público, seja no âmbito privado.

2.2 Gênero, trabalho e desigualdade. Alguns elementos explicativos

A indagação quanto às origens e fundamentos das desigualdades entre mulheres e homens na sociedade é um tema profundamente denso e complexo, sobre o qual se debruçam uma infinidade de autoras e autores, com as mais diversas abordagens. Esse não é o objeto do nosso estudo, porém, a título de uma brevíssima contextualização, trazemos dois elementos que, em nossa visão, são centrais para se compreender a desigualdade de gênero: (i) a dualidade entre esfera pública e esfera privada e (ii) a divisão sexual do trabalho.

A dualidade entre esfera pública e esfera privada está na base das desigualdades de gênero.

Compreender como se desenhou a fronteira entre o público e o privado no pensamento e nas normas políticas permite expor seu caráter histórico e revelar

suas implicações diferenciadas para mulheres e homens – contestando, assim, sua naturalidade e sua pretensa adequação para a construção de relações igualitárias (BIROLI; MIGUEL, 2014, p. 31).

A esfera pública é tida como o espaço da política, na qual os cidadãos, em condição ideal de igualdade, deliberam publicamente sobre os destinos do país e em que se realiza o trabalho produtivo. A esfera privada, por sua vez, é tida como o espaço dos afetos e da privacidade, em que não deve incidir o poder invasivo do Estado. Essa separação provoca uma invisibilização das relações de poder e desigualdade travadas na esfera privada. Essas relações, por sua vez, influenciam e trazem elementos para que compreendamos as relações construídas no espaço público.

Os papéis historicamente conferidos às mulheres, de criação das crianças e do trabalho doméstico, retiram o tempo e a disponibilidade da participação feminina na esfera pública. De outro lado, ao desobrigarem os homens dessas tarefas, permitem que estes tenham maior participação e influência no espaço público. Desse modo, a compreensão das relações de poder na esfera pública requer a análise, indissociável, – porque complementar - das relações que se dão em âmbito privado.

A crítica feminista permite observar que a suspensão das relações de poder na esfera privada, como tópico e problema de primeira ordem para as abordagens no âmbito da teoria política, faz mais do que deixar na sombra as experiências de parte dos indivíduos ou parte da vida de todos eles. O entendimento do que se passa *na esfera pública* é deficiente, nesse caso, porque ficam suspensas e mal compreendidas as conexões entre as posições e as relações de poder na vida doméstica, no mundo do trabalho e na esfera dos debates e da produção das decisões políticas. (Destaque no original) (BIROLI; MIGUEL, 2014, p. 33).

A dualidade entre esfera pública e esfera privada também é um empecilho para que as relações de opressão e violência dos homens sobre as mulheres sejam objeto de interferência estatal, por se tratarem do espaço da autonomia e da privacidade. As próprias teorias da justiça, no âmbito da ciência política, trataram historicamente de conceber a noção de justiça limitada à esfera pública, invisibilizando as desigualdades existentes nas relações privadas.

Daí, a máxima dos movimentos feministas segundo a qual “o pessoal é político”⁸. Essa afirmação implica em dizer que o âmbito privado também é regido por

⁸ “O pessoal é político” é uma expressão de 1969 da feminista Carol Hanisch, que defende a eliminação da

normas e valores políticos e caracterizado por desigualdades culturais e historicamente construídas. As relações ali travadas compõem e influenciam o que deve ser entendido como política⁹.

Ao trazer para o debate público questões como a sexualidade, o conhecimento do corpo, o questionamento dos padrões familiares, o direito ao aborto, o direito de ter ou não ter filhos, a liberdade de orientação sexual, entre outros temas, o feminismo traz uma nova visão do que deve ser a pauta da política. Questiona também a divisão sexual do trabalho, a ausência de compreensão da relação entre produção e reprodução, o papel do trabalho doméstico nas relações pessoais e na economia. A isso se soma a denúncia da violência sexista (CADERNOS, 2017, p. 32-33).

Outro elemento decisivo para a compreensão da desigualdade de gênero é a divisão sexual do trabalho. À mulher incumbiu-se o trabalho reprodutivo, o cuidado com a família e as responsabilidades da casa - trabalho não remunerado e, ainda hoje, por muitos, sequer considerado trabalho. A sua inserção no trabalho fora de casa é vista como complementar e intermitente, o que justificaria a percepção de salários menores. Ao homem, coube o trabalho produtivo, de provedor econômico da família e detentor de direitos sobre a esposa e os filhos.

As condições em que vivem homens e mulheres não são produtos de um destino biológico, mas, sobretudo, construções sociais. Homens e mulheres formam dois grupos sociais envolvidos numa relação social específica: as relações sociais de sexo. Estas, como todas as relações sociais, possuem uma base material, no caso o trabalho, e se exprimem por meio da divisão. A divisão sexual do trabalho se caracteriza pela separação: há trabalhos de homens e trabalhos de mulheres; e pela hierarquização: o trabalho do homem tem mais valor que o da mulher (KERGOAT, 2009, p. 67).

As responsabilidades tradicionais das mulheres pela educação das crianças estruturam mercados de trabalho que são desvantajosos para as mulheres, resultando em um poder desigual no mercado econômico que, por sua vez, reforça e exacerba o poder desigual na família. Essas relações entre trabalho/família/sociedade, e trabalho/saber/poder, formam um círculo vicioso e não virtuoso (HIRATA, 2007, 144).

fronteira público-privado. Esta expressão marcou o feminismo chamado de radical, que pertenceu à segunda onda feminista, compreendida no período das décadas de 1960 até 1980.

⁹ Nesse sentido, interessante também o pensamento de Carole Pateman (1993), ao propor um deslocamento analítico da noção clássica do contrato social, como teoria política fundacional da sociedade liberal, para a noção de contrato sexual, como teoria política fundacional das relações de gênero na ordem patriarcal.

Os estudos sobre a classe trabalhadora reproduzem, historicamente, a ideia homogeneizadora das práticas produtivas, limitando o modelo conceitual do trabalho à imagem masculina. Uma das precursoras dos estudos de gênero e trabalho no Brasil foi Elizabeth Souza-Lobo. Em sua obra “A classe operária tem dois sexos” (SOUZA-LOBO, 1991), uma coletânea póstuma de artigos, a autora destaca a importância da articulação do paradigma clássico das classes sociais, com o debate sobre as diferenças que influenciam as práticas sociais, simbólicas e políticas das chamadas relações de gênero.

Flávia Biroli, em seu livro *Gênero e Desigualdades* demonstra que a divisão sexual do trabalho é um fator determinante para a compreensão de como se organizam as hierarquias de gênero, mais do que isso, ela *produz* o gênero, ainda que não exclusivamente. “Ela compõe as dinâmicas que dão forma à dualidade feminino-masculino, ao mesmo tempo que posiciona as mulheres diferente e desigualmente segundo raça e classe” (BIROLI, 2018, p. 44).

A cientista política desenvolve a tese segundo a qual a divisão sexual do trabalho interfere diretamente nas possibilidades de participação das mulheres na política. Segundo a autora,

A divisão sexual do trabalho doméstico incide nas possibilidades de participação política das mulheres porque corresponde à alocação desigual de recursos fundamentais para essa participação, em especial o tempo livre e a renda (BIROLI, 2018, p. 23).

Assim, o encargo do trabalho doméstico, somado a fatores como a imposição social da maternidade e do papel de cuidadora, os limites para o controle autônomo da capacidade reprodutiva das mulheres, a tolerância à violência que as atinge, os julgamentos e pressões sociais para conciliar a vida familiar e a atuação política e o acesso desigual a recursos como tempo, renda e redes de contato provocaria uma disparidade de acesso e participação no sistema político, de forma desvantajosa para as mulheres.

Como consequência, tem-se um cenário no qual as mulheres são subrepresentadas na política institucional, tendo menores chances, relativamente aos homens, de dar expressão política, no debate público, a perspectivas, necessidades e interesses relacionados à sua posição social. Têm, com isso, menores possibilidades também de influenciar as decisões e a produção das normas que as afetam diretamente. A cidadania das mulheres é, portanto, comprometida pela divisão sexual do trabalho, que em

suas formas correntes contribui para criar obstáculos ao acesso a ocupações e recursos, à participação política autônoma e à autonomia decisória na vida doméstica e íntima (BIROLI, 2018, p. 24).

Flávia Biroli dedica-se a analisar esse impacto no campo da política institucional, porém, a mesma análise pode ser transportada para o âmbito da participação das mulheres no movimento sindical. Aliás, a ideologia de gênero que dá suporte à divisão sexual do trabalho foi amplamente aceita não só pelos capitalistas, mas também pelos trabalhadores organizados, reforçando as desigualdades entre mulheres e homens no interior do próprio movimento sindical.

As conclusões de Biroli em torno da política institucional podem ser estendidas também à participação feminina no movimento sindical, sobretudo ao se considerar a semelhança dos obstáculos enfrentados pelas mulheres para se atingir um ou outro espaço político. A atuação política no âmbito sindical exige, além de a mulher ser uma trabalhadora remunerada, que se enquadre em alguma categoria profissional e possa se integrar ao respectivo sindicato, que ela disponha de tempo livre para essa atuação política. Assim, as responsabilidades domésticas atribuídas as mulheres também são um empecilho para o seu engajamento no movimento sindical.

Se, de um lado, a divisão sexual do trabalho onera desigualmente as mulheres, reduzindo suas possibilidades de levar ao debate público os interesses relacionados à sua posição social (gênero, raça e classe), a hipótese que aqui se pretende analisar é se, de outro lado, o aumento da participação das mulheres no sindicalismo tem provocado uma ampliação dos direitos conquistados por elas no âmbito das negociações coletivas e, por conseguinte, impactado na redução das desigualdades provocadas pela divisão sexual do trabalho. É o que será analisado mais adiante. Antes disso, porém, iremos analisar brevemente como se deu a inserção das mulheres no movimento sindical.

3 Mulheres e sindicalismo

O patriarcado¹⁰, por ser um modelo hegemônico de pensamento, incidiu não

¹⁰ Conforme Heleieth Saffioti (2004), entende-se por patriarcado um sistema de opressão que tem como características a limitação da autonomia, a apropriação do corpo, dos produtos do corpo e da força de trabalho das mulheres pelos homens. Este sistema oprime as mulheres, escondendo, calando e silenciando-as, impedindo-as de objetiva e subjetivamente de participar dos espaços de decisão e poder.

apenas sobre os industriais e os capitalistas, mas também sobre a classe operária e sua organização de luta por direitos trabalhistas. No seio do próprio movimento operário, desde a segunda metade do século XIX, instauraram-se divergências quanto à participação das mulheres no mercado de trabalho e, por consequência, sua inserção no movimento sindical.

Lidia Falcón relata que, nas associações operárias do norte da França, as mulheres só podiam opinar nas reuniões apresentando autorização escrita dos maridos ou pais, e que os tipógrafos da Inglaterra, França e Estados Unidos só aceitavam a sindicalização das operárias que ganhassem os mesmos salários que os homens, o que era praticamente inexistente (FALCÓN, 1992, p. 156).

Em 1920, a Confederação Geral dos Trabalhadores (CGT), central sindical francesa, posicionou-se da mesma forma: “(...) a mulher, companheira de um homem, é concebida inicialmente para fazer filhos; em seguida, para lavá-los; conservar a casa; educar seus filhos; instruir -se ao educá-los e tornar o mais feliz possível a existência de seu companheiro, e assim fazer com que ele esqueça a exploração monstruosa de que é vítima.” (KARTCHEVSKY-BULPORT, 1986, p. 14).

Não obstante a imperatividade da divisão sexual do trabalho, com as revoluções industriais, a força de trabalho feminina passou a ser cada vez mais demandada para garantir o acúmulo de capital, refletindo num crescente ingresso das mulheres no mercado de trabalho. Maria Valéria Junho Pena, analisando a presença feminina na constituição do sistema fabril brasileiro, afirma:

A utilização da força de trabalho da mulher constituiu um elemento substantivo na organização social e na acumulação de riqueza, tanto do ponto de vista de seu trabalho doméstico e da reprodução da força de trabalho em base geracional e cotidiana, como na sua participação direta no processo produtivo (PENA, 1981, p. 83).

A entrada consistente das mulheres no mercado de trabalho, a partir dos anos 1960, inaugurou uma tendência que se consolidou desde então. Para o sindicalismo, colocou-se o desafio de se aproximar das trabalhadoras sob o risco de encolhimento de sua representação. Entre 1986 e 1994, a porcentagem média de mulheres sindicalizadas nas entidades filiadas à antiga Confederação Internacional de Organizações Sociais Livres (CIOSL) aumentou de 30% a 35% (CIOSL, 1991). No Brasil, entre 1970 e 1978, a sindicalização feminina cresceu 176%, enquanto a masculina aumentou 87% (GITAHY, 1982, p. 95).

Na segunda metade dos anos 1970, irrompeu no país o chamado novo

sindicalismo, resultado das fortes mobilizações dos metalúrgicos do ABC, conferindo centralidade aos sindicatos como espaço de luta da classe trabalhadora por melhores condições de trabalho e aumento salarial. O período coincidiu com a luta dos movimentos sociais contra a ditadura militar, pela redemocratização. “Mulheres trabalhadoras de várias áreas participaram das grandes mobilizações operárias e sindicais do período, da luta pela redemocratização do país, das mobilizações dos trabalhadores do campo, dos movimentos populares” (CADERNOS, 2017, p. 19).

Elizabeth Souza-Lobo (1991) destaca que nos anos oitenta, as organizações sindicais passaram a se preocupar mais com a questão do operariado feminino e a participação das mulheres nas estruturas sindicais, surgindo, assim, as primeiras comissões ou secretarias de mulheres das centrais sindicais com o intuito tanto de debater a discriminação no mercado de trabalho dentro do movimento sindical, quanto de ampliar a atuação das mulheres nas organizações sindicais. Apesar disso, a quantidade de mulheres nas direções sindicais continuava pequena e as condições de sua participação eram desvantajosas em relação aos homens.

Apesar dos avanços incontestáveis decorrentes da presença feminina nos sindicatos, de uma forma geral, os dados coletados na Pesquisa Sindical 2001 (IBGE, 2003) permitem constatar que as mulheres ainda têm uma participação inferior à sua importância no mercado de trabalho, quer na composição do quadro de associados, quer nas diretorias sindicais.

Em 1992, o percentual de sindicatos presididos por mulheres, no Brasil inteiro, era de 6%. Em 2001, esse número tinha aumentado apenas para 10%. Quanto à participação das mulheres nas diretorias dos sindicatos, em 2001, de um total de 15.961 sindicatos, 35% não tinham nenhuma mulher em suas diretorias (IBGE, 2003).

A participação das mulheres nas diretorias continua ocorrendo preferencialmente fora dos três cargos mais importantes: presidente, primeiro secretário e primeiro tesoureiro. Nestes três, é muito baixa a presença de mulheres entre os presidentes (10%), um pouco mais significativa entre os primeiros tesoueiros (16%) e ainda maior entre os primeiros secretários (24%).

A diferença entre os sexos não é, portanto, apenas no que concerne ao número de cargos de chefia nos sindicatos, mas também quanto ao tipo de cargos que homens e mulheres ocupam nos órgãos sindicais, com mais mulheres nos cargos relacionados ao

cuidado (*care*), que é trabalho considerado tipicamente feminino, ficando para os homens os cargos com atribuições mais valorizadas, que requerem e geram maior nível de capital político (THOME, 2012).

A participação das mulheres no sindicalismo tem aumentado gradativamente, todavia, esse crescimento não tem acompanhado os percentuais obtidos na incorporação das mulheres à força de trabalho economicamente ativa. Ao não levarem em conta as especificidades da condição feminina, reproduzindo, muitas vezes, as desigualdades decorrentes da divisão sexual do trabalho, ainda há mudanças a serem realizadas a fim de que os sindicatos representem um espaço de disputa política atrativo ou receptivo para as mulheres.

4 MULHERES NO MOVIMENTO SINDICAL CONQUISTAM MAIS DIREITOS PARA MULHERES?

A inserção feminina crescente no mercado de trabalho tem sido marcada pela desigualdade, seja na forma de ingresso, na precarização dos postos de trabalho, na percepção de menores salários relativamente aos homens, na discriminação quanto à ascensão na carreira e quanto ao exercício de cargos de direção e comando. Nesse cenário, o engajamento das trabalhadoras nas organizações sindicais e a negociação coletiva são um poderoso instrumento para que as mulheres alcancem a redução das desigualdades no mercado de trabalho.

O DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos, realizou cinco pesquisas que analisam a evolução das cláusulas relativas à questão de gênero, fruto de negociações coletivas firmadas por diversas categorias profissionais em todo o país no período entre 1993 e 2012¹¹.

¹¹ Essas pesquisas são:

Estudo 1 - Equidade de gênero nas negociações coletivas: cláusulas relativas ao trabalho da mulher no Brasil / DIEESE. São Paulo: DIEESE, 1997.

Estudo 2 - Negociação coletiva e equidade de gênero no Brasil: cláusulas relativas ao trabalho da mulher no Brasil – 1996-2000. São Paulo: DIEESE, ago. 2003. Publicação realizada no âmbito do Projeto Regional da OIT: Negociação Coletiva e Equidade de gênero na América Latina.

Estudo 3 - Negociação coletiva de trabalho e equidade de gênero e raça no Brasil / Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2009. Estudo realizado no âmbito do Projeto “Promoção da Igualdade de Gênero e Raça no Mundo do Trabalho”. (BRA/07/03M/BRA) cooperação técnica entre a OIT e SPM.

Estudo 4 - Negociação de cláusulas relativas à equidade de gênero e raça 2007-2009 / Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011.

Estudo 5 – Relatório sobre “Negociação Coletiva de Garantias à Equidade de Gênero e Raça no período

A base de dados que subsidiou as pesquisas foi o SACC-DIEESE, Sistema de Acompanhamento de Contratações Coletivas. Esse sistema foi desenvolvido com o objetivo de subsidiar o movimento sindical brasileiro nos processos de negociação coletiva, assim como embasar estudos e pesquisas de interesse dos trabalhadores. Trata-se de um sistema de cadastramento de documentos que definem as condições de trabalho das diversas categorias profissionais e que resultam das negociações entre empregados e empregadores ou de decisão da Justiça do Trabalho, incluindo, portanto, acordos coletivos, convenções coletivas e sentenças normativas.

Entre 1993 e 2002 o sistema registrou instrumentos de 94 unidades de negociação¹² ao ano, que contemplavam, aproximadamente, trinta categorias profissionais - pertencentes aos setores industrial, comercial e de serviços - e catorze Unidades da Federação das regiões Sul, Sudeste, Nordeste e Centro-Oeste.

A partir de 2003, a base de dados do SACC-DIEESE foi ampliada para 220 unidades de negociação ao ano (SAAC ampliado), passando a abranger cerca de cinquenta categorias profissionais em dezoito Unidades da Federação de todas as regiões geográficas do país, inclusive da Norte, ausente do painel original. Em 2010, com a criação do Escritório Regional do DIEESE no Amazonas, foram incluídas mais cinco unidades de negociação deste Estado. O sistema passou a contar, assim, com 225 unidades de negociação.

As cláusulas de gênero foram classificadas em sete temas categorias: gestação, maternidade/paternidade, responsabilidades familiares, condições de trabalho, exercício do trabalho, saúde da mulher e equidade de gênero¹³.

de 2010 a 2012”, que se dá no âmbito do projeto M.183.10.901.874 – Promoting Gender Equality and Women’s Empowerment in the World of Work phase III, contratado pela OIT-Brasil e executado pelo DIEESE, Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos.

¹²Por unidade de negociação, entende-se cada núcleo de negociação coletiva entre representantes de trabalhadores e de empregadores, que pretende resultar na regulamentação das condições de remuneração e de trabalho. Para exemplificar, podem-se citar os metalúrgicos do estado de São Paulo, que têm seis contratos coletivos incluídos no SACC-DIEESE, negociados separadamente por dois grupos de entidades sindicais representativas de trabalhadores com três grupos de entidades sindicais patronais de diferentes atividades econômicas. Quando se tratar da exposição das cláusulas, essas serão tratadas como seis unidades de negociação.

¹³A seleção dos tipos de garantias relacionadas à igualdade de gênero que fariam parte do estudo foi feita em um seminário organizado pelo DIEESE em 1997, quando da elaboração do primeiro estudo sobre o tema, e que contou com a presença de 29 sindicalistas ligadas às centrais sindicais então existentes: CUT - Central Única dos Trabalhadores; CGT – Central Geral dos Trabalhadores; CGT - Confederação Geral dos Trabalhadores; FS - Força Sindical e SDS - Social Democracia Sindical. Entretanto, algumas alterações foram introduzidas no estudo posterior, em função dos debates promovidos pela OIT para a aplicação da metodologia de análise aos demais países latino-americanos.

Na seção relativa à gestação, foram reunidas as cláusulas que asseguram direitos às trabalhadoras gestantes, com a finalidade de preservar a saúde da mulher e da criança durante o período de gravidez, como a garantia de condições de trabalho compatíveis com a gestação e a proteção contra a discriminação para contratação ou manutenção da trabalhadora grávida.

O tema mais frequente negociado nas cláusulas dessa categoria é a estabilidade da gestante. No período entre 1993 e 2002 somente 40% das categorias que negociaram estabilidade conseguiram ampliar o prazo previsto em lei. Já no período 2010-2012, 70% das categorias negociaram a ampliação do período de estabilidade garantido em lei. Isso demonstra a maior força negocial adquirida no período mais recente analisado, seja diretamente pelas mulheres atuando nas próprias negociações coletivas, seja pela sua mobilização na sociedade e nos sindicatos, logrando maior poder de agenda do tema da estabilidade da gestante.

Outra garantia negociada em favor da trabalhadora gestante é a que assegura função compatível com a gestação, presente somente em dez das 90 unidades de negociação analisadas (11%), o que demonstra ainda ser pequena a sua incidência. Neste caso não há avanço em relação à legislação, que está condicionada a casos excepcionais (PELATIERI, 2017, p. 129).

O tema Maternidade/Paternidade continua sendo o mais relevante, tanto no que se refere ao número de unidades de negociação que asseguraram alguma cláusula sobre o tema, quanto à quantidade de cláusulas verificadas. Essa concentração é constatada em todos os estudos da série. No período entre 2007 e 2009, esse tema agregou metade de todas as cláusulas [de gênero] negociadas, garantias essas disseminadas por 80 unidades de negociação (OIT, 2011, p. 30).

O tema abrange as cláusulas que promovem a conciliação entre o exercício do trabalho e a vida familiar e compreende as garantias que auxiliam no estabelecimento de condições para o acompanhamento de filhos pelas mães e pais trabalhadores.

A dificuldade de conciliação da vida profissional com as responsabilidades familiares é presente no cotidiano de muitos trabalhadores e principalmente de trabalhadoras. As mulheres passaram a compartilhar com os homens o tempo dedicado ao trabalho remunerado, mas não ocorreu um processo equivalente de mudança na redistribuição das responsabilidades familiares e tarefas domésticas, tampouco produziu-se um aumento significativo na oferta de serviços públicos de apoio a estas atividades (...) como consequência, as estratégias de conciliação

entre o trabalho e a vida pessoal e familiar permanecem privadas e femininas: algo que diz respeito às famílias e, no interior delas, às mulheres (OIT, 2011, p. 46-47).

Entre 2007 e 2009, das 90 unidades de negociação analisadas, 62 firmaram cláusulas contendo a garantia de creches. Outros temas com grande incidência de cláusulas negociadas no período foram garantias na adoção, negociadas por 36 unidades e a licença paternidade, 33 unidades, seguida da licença maternidade, negociada por 23 unidades.

A significativa incidência de cláusulas relacionadas à garantia de creche é uma relevante conquista do movimento sindical e um passo importante na promoção da igualdade de gênero no mundo do trabalho, tendo em vista que a garantia de creches amplia o acesso e a permanência das mulheres no mercado de trabalho.

Os estudos também mostraram que entre 2007 e 2009, das 16 cláusulas que tratam da duração da licença-maternidade, 14 versam sobre a duração de 120 dias, fixada pela Constituição, e duas – bancários nacional e petroquímicos da Bahia – asseguram a prorrogação da licença-maternidade por mais 60 dias. Já no período 2010-2012, no SACC ampliado, foram localizadas 27 unidades de negociação que prolongam o período da licença-maternidade definido pela Constituição Federal.

No grupo Responsabilidades Familiares são analisadas as garantias relacionadas ao desempenho das responsabilidades com relação à liberação para o acompanhamento a familiares que requeiram atenção à saúde e outras situações peculiares e quanto à extensão de benefícios aos dependentes da trabalhadora e do trabalhador, exclusive os filhos.

Foi verificado um grande avanço do número de cláusulas negociadas neste grupo. Passou de 19 em 1993-1995, o que correspondia a 5% do painel total, para 78, em 2010-2012, que corresponde a 13% do painel. Importante e frequente cláusula neste tema trata das garantias relacionadas ao acompanhamento a cônjuges e familiares - que não está presente na legislação - e que somente apareceu nos acordos a partir do período 1996-2010. Essa garantia tem impacto positivo para as mulheres, uma vez que ainda pesa majoritariamente sobre elas a responsabilidade do cuidado com os familiares.

Na categoria Condições de Trabalho, destaca-se o aumento de cláusulas com vistas a coibir o assédio moral. Em 2001-2006, eram cinco as cláusulas negociadas, passando para nove no período posterior e chegando a 11 em 2010-2012. Já o assédio sexual, questão localizada em apenas uma unidade de negociação no período de 1996-2000, ampliou sua incidência em 2010-2012, totalizando seis cláusulas negociadas. No SACC ampliado,

observou-se importante avanço no tema: o direito de denúncia de casos de assédio sexual no trabalho, assim como a devida apuração dos fatos é observada em seis unidades de negociação.

Na seção relativa ao Exercício do Trabalho, foram reunidas as cláusulas relativas à formação profissional da mulher, tanto no que se refere a sua qualificação para o ingresso no mercado de trabalho, quanto à requalificação, para a manutenção do emprego. Em sua grande maioria, garantias dessa natureza são direcionadas, nas contratações coletivas, aos trabalhadores em geral sem atentar às especificidades da trabalhadora mulher.

As garantias específicas para mulher se restringem, desde o início do acompanhamento, a sete categorias e foram classificadas em apenas um tipo de cláusula, o que corresponde a apenas a 1% do total de cláusulas analisadas. Quanto ao conteúdo, o texto é vago, prevendo que os sindicatos envolvidos no contrato coletivo devem envidar esforços no sentido de que sejam oferecidos, no Serviço Nacional da Indústria (Senai), cursos e oportunidades de aprendizagem e formação para o sexo feminino (PELATIER, 2017, p. 136).

Outra categoria analisada foram as cláusulas relativas à saúde da mulher, sem vinculação com a defesa da função reprodutiva. Nesse grupo, houve um avanço expressivo no número de cláusulas negociadas. Em 1993-1995 foram 18 cláusulas (4%), enquanto em 2010-2012 foram 37, correspondendo a 6% do total. Entretanto, é ainda bastante restrito o número de conquistas e o de categorias profissionais que as incluem em seus contratos (PELATIER, 2017, p. 137). Em 2007-2009, essas garantias eram restritas a um quarto das unidades de negociação.

Foram registradas, nesse tema, cláusulas sobre prevenção ao câncer ginecológico, de licença ou estabilidade em caso de aborto, do retorno da licença maternidade, além das que trazem garantias relacionadas à AIDS, essas últimas, as mais recorrentes, seguidas pelas cláusulas relativas à estabilidade aborto. No período 2001-2006, dez das unidades de negociação do painel original do SACC-DIEESE incluíram em seus documentos cláusulas que se referem à Aids. Em 2007-2009 esse número cresceu para 13 unidades.

Por fim, no grupo de Equidade de Gênero, em 2010-2012, houve a introdução de três cláusulas que tratam de garantias às trabalhadoras em situação de violência doméstica. Duas delas se referem à garantia de licença não remunerada às trabalhadoras que estiverem

em situação de violência doméstica ou familiar comprovada, e uma firma compromisso da empresa em fazer campanhas de divulgação sobre a Lei nº 11.340/06, “Maria da Penha”. As demais cláusulas tratam da discriminação de gênero, prevendo garantias como isonomia salarial e igualdade de oportunidades para concorrência a cargos hierárquicos e promoções.

Com exceção do grupo “Gestação”, cujo percentual de cláusulas negociadas historicamente teve um decréscimo de 5%, em todos os demais temas houve ampliação na quantidade das cláusulas de gênero negociadas.

De 1993 a 2009, quase a totalidade das unidades de negociação acompanhadas pelo painel do SACC original havia negociado ao menos uma cláusula sobre o trabalho da mulher ou sobre igualdade de gênero. Do painel composto por 90 contratações coletivas acompanhadas desde 1993, 87 negociaram alguma garantia sobre o tema. Em todo o período analisado, houve um aumento de 40% das cláusulas negociadas em prol do trabalho da mulher, que passaram de 407 no período de 1993-1995 para 582 em 2010-2012.

A maioria das garantias diz respeito aos temas Gestação e Maternidade/Paternidade, que juntos representam cerca de 66% da totalidade das cláusulas relativas à igualdade de gênero. As áreas com maior crescimento em números absolutos foram a da Maternidade/Paternidade, com 60 inclusões no período, e Responsabilidades Familiares, com 59 inclusões.

Considerações finais

Em toda a série histórica analisada, que compreende quase duas décadas, constata-se o aumento das garantias voltadas ao trabalho da mulher. Como analisado acima, esse crescimento coincide com a ampliação, embora ainda tímida, da participação da mulher no movimento sindical, seja como filiada, seja ocupando cargos de diretoria.

Ao longo das últimas décadas, os movimentos de mulheres em geral, e a organização coletiva das mulheres no movimento sindical, em específico, têm conquistado o reconhecimento como sujeitos coletivos de direito, demonstrando serem grupos que constroem, a partir de sua identidade coletiva, projetos políticos autônomos de transformação social, traduzindo necessidades políticas em demandas por direitos.

Ensina o professor José Geraldo de Souza Júnior que:

o sentido que orienta o trabalho político e teórico de O Direito Achado na Rua consiste em compreender e refletir sobre a atuação jurídica dos novos sujeitos sociais e, com base na análise das experiências populares de criação do direito: 1. determinar o espaço político no qual se desenvolvem as práticas sociais que enunciam direitos, a partir mesmo de sua constituição extralegal, como por exemplo, os direitos humanos; 2. definir a natureza jurídica do sujeito coletivo capaz de elaborar um projeto político de transformação social e elaborar a sua representação teórica como sujeito coletivo de direito (...) (SOUZA JUNIOR, 2015, p. 3).

Nesse sentido, a organização das mulheres no movimento sindical constitui prática social que se insere numa dimensão instituinte de direitos. Em outras palavras, o engajamento das mulheres no sindicalismo enuncia e cria direitos para além daqueles garantidos nas leis, por meio das negociações coletivas de trabalho. Ademais disso, não raras vezes, cláusulas instituídas em acordos e convenções coletivas influenciam a criação de leis que passarão a beneficiar toda a classe trabalhadora, e não somente determinada categoria profissional.

Dessa forma, a participação da mulher como sujeito ativo da política sindical é, ao mesmo tempo, fim e meio. Configura-se como um direito fim em si mesmo, na medida em que é o próprio exercício de cidadania, do direito de organização e participação política e, ao mesmo tempo, mostra-se como um direito instrumental, que, por meio de sua dimensão instituinte e criadora, tem aptidão para ampliar os direitos e a igualdade de oportunidades das mulheres no mundo do trabalho, reduzindo os impactos da divisão sexual do trabalho.

Além disso, destaca Candy Florence (2012) que a participação das mulheres nas negociações das organizações sindicais e em suas diretorias é importante não apenas no tocante aos resultados diretos de sua participação nas normas celebradas pelos sindicatos, mas também tem reflexos no acúmulo do capital político das mulheres, uma vez que a arena sindical tem um importante papel na formação das personalidades que ocupam os espaços políticos [institucionais] de tomadas de decisão. Com isso, é o próprio sentido da cidadania que se renova, expandindo-se o alcance da luta pela democracia.

Na caracterização e definição do sujeito coletivo de direito, Eder Sader descreve que

Um traço comum é o fato de a noção de “sujeito” vir associada a um projeto, a partir de uma realidade cujos contornos não estão plenamente dados e em cujo devir o próprio analista projeta suas perspectivas e faz suas apostas. E outro traço comum, vinculado a este, é a conotação com a ideia de autonomia, como elaboração da própria identidade e de projetos coletivos de mudança social a partir

das próprias experiências (SADER, 1988, p. 53).

No mesmo sentido, afirma Sousa Júnior (2011) que o relevante para a utilização da noção de sujeito, na designação dos movimentos sociais, é a conjugação entre o processo das identidades coletivas, como forma do exercício de suas autonomias e a consciência de um projeto coletivo de mudança social a partir das próprias experiências.

Essa categoria implica na consideração coletiva do sujeito reivindicatório para dirimir conflitos jurídicos nos quais ele esteja envolvido. A busca coletiva por direitos exige, ainda, respostas que os tratem de maneira estrutural, multissetorial e direcionada à coletividade que lhe reivindica.

Dessa forma, as responsabilidades familiares, a conciliação entre o exercício do trabalho e a vida familiar, o cuidado das crianças e dos idosos e o assédio sexual, por exemplo - todos temas objetos das negociações coletivas analisadas - passam a ser considerados não mais como problema individual, situado na esfera privada, mas como problema de natureza política, que, por essa razão, merece ser tratado como uma questão estrutural, para a qual deve ser fornecida uma resposta coletiva e traduzida sob a gramática dos direitos.

Assim, a conformação de uma identidade própria, permeada por experiências particulares, faz das mulheres trabalhadoras um sujeito coletivo autônomo capaz de identificar as demandas que lhes são particulares, como a opressão de gênero - para além da exploração de classe - e elaborar um projeto político que leve em consideração essas especificidades.

Ninguém melhor que as mulheres para identificar as necessidades das próprias mulheres e elaborar, no exercício de sua autonomia (*autonomos*) as normas tendentes a lhes garantir a máxima dignidade e igualdade na sociedade. A reflexão das mulheres em torno de sua experiência, caracterizada pela responsabilidade histórica pelo trabalho reprodutivo e pelo confinamento ao espaço privado, gera a tomada de consciência da dominação de gênero, sob a qual estão submetidas histórica e coletivamente. Essa tomada de consciência, por sua vez, reflete-se na elaboração - e ação - em torno de um projeto político de busca por cidadania e participação com igualdade no exercício do trabalho remunerado e na esfera pública como um todo.

A despeito das inegáveis conquistas de direitos por parte das organizações de

mulheres, o aumento das cláusulas de gênero nas negociações coletivas tem sido tímido, assim como a participação feminina no movimento sindical, que ainda enfrenta problemas relacionados à divisão sexual do trabalho e às práticas machistas arraigadas no interior dos próprios sindicatos.

Como destaca Alice Costa (2014):

As organizações sindicais têm feito muito pouco para transformar esses valores presentes na cultura feminina que afastam as mulheres dos sindicatos ou mesmo as práticas sexistas e excludentes que persistem na estrutura sindical, enquanto instituição constituída de valores e modelos patriarcais, que se manifestam no comportamento de rechaço, boicote e desprezo para com o “feminino”, prática corrente e tradicional entre a maioria dos militantes sindicais.

A autora acrescenta ainda que, ao não levarem em conta as especificidades da condição feminina e o processo de socialização vivenciado pelas mulheres, os sindicatos não conseguem ser um atrativo para a prática política das trabalhadoras. Este, provavelmente, é um dos grandes fatores que mantêm as mulheres longe dos sindicatos, fazendo com que os índices de participação sindical feminina estejam muito afastados dos percentuais obtidos na incorporação das mulheres à força de trabalho economicamente ativa.

A superação da divisão sexual do trabalho em todas as suas dimensões – econômica, cultural e política – e a consequente construção de uma sociedade que garanta a plena igualdade de condições entre mulheres e homens é um horizonte que tem sido trilhado pelos movimentos feministas, por meio de um processo dialético de luta e enunciação de direitos, permeado por avanços e retrocessos.

Trata-se, na concepção de Nancy Fraser (2007), de uma luta por transformações na sociedade em três dimensões simultâneas: a redistributiva, com a garantia material da igualdade e a autonomia econômica das mulheres; o reconhecimento, a partir do combate às formas simbólicas em que se expressa e se reproduz o patriarcado na sociedade; e a representação, referida à demanda pela plena presença de mulheres e homens participando em igualdade de condições nas decisões da vida política e cidadã. Sem dúvida, um longo caminho a ser trilhado.

REFERÊNCIAS

BIROLI, Flávia. **Gênero e desigualdades**. Limites da democracia no Brasil. São Paulo: Boitempo, 2018.

BIROLI, Flávia; MIGUEL, Luis Felipe. **Feminismo e política**. São Paulo: Boitempo, 2014.

CADERNOS DE FORMAÇÃO. Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica. Caderno 2. **Introdução ao feminismo e aos estudos de gênero**. São Paulo: CESIT/IE – UNICAMP – Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho, 2017.

CADERNOS DE FORMAÇÃO. Mulheres: mundo do trabalho e autonomia econômica. Caderno 6. **Participação e organização das trabalhadoras**. São Paulo: CESIT/IE – UNICAMP – Centro de Estudos Sindicais e Economia do Trabalho, 2017.

COSTA, Ana Alice Alcântara. As mulheres no sindicato. In. **Revista Feminismos**. Vol.2, N.2, Maio - Ago. 2014.

FRASER, Nancy. Mapeando a imaginação feminista: da distribuição ao reconhecimento e à representação. **Estudos Feministas**. V. 15, nº. 2, p. 291-308, ago. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0104-026X2007000200002&script=sci_abstract&lng=pt> Acesso em: 11. Jan. 2019.

GITAHY, Leda et al. **Operárias: sindicalização e reivindicações (1970-1980)**. Revista de Cultura e Política. 8, p. 90-116, jun. São Paulo, 1982.

HIRATA, Helena. O que mudou e o que permanece no panorama da desigualdade entre homens e mulheres? Divisão sexual do trabalho e relações de gênero numa perspectiva comparativa. In: LEONE, Eugenia Troncoso et al (Org.) **Mundo do trabalho das mulheres: ampliar direitos e promover a igualdade**. São Paulo: Secretaria de Políticas do Trabalho e Autonomia Econômica das Mulheres. Campinas: Unicamp. IE. Cesit, 2017.

IBGE. **Estatísticas de Gênero: Indicadores sociais das mulheres no Brasil 2018**. Estudos e Pesquisas. Informação Demográfica e Socioeconômica n.38, 2018.

IBGE, Departamento de População e Indicadores Sociais. **Sindicatos: indicadores sociais 2001**. Rio de Janeiro: IBGE, 2003. Disponível em: <<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv1416.pdf>> acesso em: 12.jan.2018.

KERGOAT, Danièle. In: HIRATA, Helena et al. (Orgs). **Dicionário Crítico do Feminismo**. São Paulo: Editora Unesp, 2009.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. **Negociação de cláusulas relativas à equidade de gênero e raça 2007-2009**. Organização Internacional do Trabalho. Brasília: OIT, 2011.

PELATIERI, Patrícia. Evolução nos instrumentos normativos das cláusulas de gênero nas últimas décadas. In: LEONE, Eugenia Troncoso et al (Org.) **Mundo do trabalho das mulheres: ampliar direitos e promover a igualdade**. São Paulo: Secretaria de Políticas do Trabalho e Autonomia Econômica das Mulheres. Campinas: Unicamp. IE. Cesit, 2017.

PENA, Maria Valéria Junho. **Mulheres e trabalhadoras.** Presença feminina na constituição do sistema fabril. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1981.

SADER, Eder. **Quando novos personagens entraram em cena.** Experiências e lutas dos trabalhadores da Grande São Paulo 1970-1980. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.

SAFFIOTI, Heleieth. **Gênero, Patriarcado e Violência.** Ed. Perseu Abramo, 2004.

SOUSA JÚNIOR, José Geraldo. **Direito como liberdade:** o direito achado na rua. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2011.

_____. (Coord.) **O direito achado na rua:** concepção e prática. Coleção Direito Vivo. Vol. 2. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.

SOUZA-LOBO, Elizabeth. **A classe operária tem dois sexos.** São Paulo, Editora Brasiliense, 1991.

THOME, Candy Florencio. **O princípio da igualdade de gênero e a participação das mulheres nas organizações sindicais dos trabalhadores.** São Paulo: LTr, 2012.

O AUXÍLIO-RECLUSÃO DO PRESO POR NÃO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA E O SEU IMPACTO FINANCEIRO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL DO BRASIL NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2018

THE ASSISTANCE AFFLICTION OF THE PRISONER FOR NON-PAYMENT OF FOOD PENSION AND ITS FINANCIAL IMPACT ON THE SOCIAL SECURITY OF BRAZIL IN THE PERIOD OF JANUARY TO MAY 2018

José Henrique Ferreira Bona

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); especialista em Direito Público e em Atividade Policial Judiciária; policial civil do Distrito Federal,

Douglas Henrique Marin dos Santos

Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal de São Paulo (UNIFESP); professor dos cursos de graduação e pós-graduação do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); procurador federal da Advocacia Geral da União.

Resumo

O presente trabalho apresenta alguns conceitos de auxílio-reclusão, faz uma explanação do surgimento do benefício no Brasil, elenca os requisitos para sua concessão e, por fim, compara o auxílio-reclusão criminal com o auxílio-reclusão do preso por não pagamento de pensão alimentícia a nível nacional, a nível de Centro-Oeste e a nível de Distrito Federal nos meses de janeiro a maio de 2018, fazendo uma análise do impacto deste benefício nos cofres da Previdência Social do Brasil.

Palavras-chave: Auxílio-reclusão; Requisitos; Preso por pensão alimentícia; Impacto financeiro; Benefício Previdenciário.

ABSTRACT

The present study presents some concepts of confinement-aid, makes an explanation of the emergence of the benefit in Brazil, lists the requisites for its concession, and finally compares the criminal confinement-assistance with the prisoner's imprisonment for non-payment of alimony to at the level of the Central West and at the level of the Federal District from January to May 2018, making an analysis of the impact of this benefit on the social security coffers of Brazil.

Keywords: Relief and seclusion; Requirements; Arrested for child support; Financial impact; Social Security Benefit.

Sumário: 1. Introdução; 2. Conceito de auxílio-reclusão; 3. Breve histórico do auxílio-reclusão no Brasil; 4. Requisitos para concessão do auxílio-reclusão; 5. Do impacto financeiro do auxílio-reclusão do preso por não pagamento da pensão alimentícia na Previdência Social do Brasil no ano de 2018; 6. Conclusão; 7. Bibliografia.

Introdução

O presente trabalho fará uma análise do impacto financeiro da concessão do auxílio-reclusão ao preso civil pelo não pagamento da pensão alimentícia, no orçamento da Previdência Social do Brasil. Demonstrar-se-á, ainda que sua concessão não impacta o

orçamento da Previdência.

Será debatido, para tanto, o conceito do auxílio-reclusão e, em seguida, a sistematização histórica de seu surgimento no Brasil e os respectivos requisitos legais para sua concessão.

Em seguida, será conduzida uma explanação sobre a quantidade de presos civis por não pagamento da pensão alimentícia no Distrito Federal e, no âmbito dessa amostra, quantos teriam direito de receber o benefício.

Em contrapartida, será avaliado o total de benefícios de auxílio-reclusão criminal no âmbito nacional, regional (Centro-Oeste) e do Distrito Federal, considerando o intervalo de janeiro a maio de 2018.

Finalmente, será estabelecida uma proporção do quantitativo de presos civis e criminais no Distrito Federal e, por fim, uma comparação do total de benefícios concedidos pela Previdência Social do Brasil com o auxílio-reclusão civil pelo não pagamento de pensão alimentícia no âmbito nacional, regional e distrital.

Os referidos dados foram extraídos do Anuário da Previdência Social, do SISPEN e SIAPEN, sistemas utilizados pela Polícia Civil do Distrito Federal e pelo Sistema Prisional do Distrito Federal para controle da quantidade de presos recolhidos nos respectivos órgãos.

1. Conceito de auxílio-reclusão

O conceito de auxílio-reclusão emerge da combinação dos artigos 201, inciso IV da Constituição de 1988 e 80 da Lei nº 8.213, de 1991. É possível afirmar, portanto, que o auxílio-reclusão é o benefício previdenciário cujos beneficiários são os dependentes de segurado preso, nas mesmas condições da pensão por morte¹⁴.

Juliana Ribeiro (2008, p.241) ressalta que o auxílio-reclusão é um amparo, de caráter alimentar, destinado aos dependentes do segurado de baixa renda recolhido ao sistema prisional e que não encontra guarida em aposentadoria ou auxílio-doença.

De modo mais amplo, Hélio Gustavo Alves (2007, p.6) realça que o auxílio-reclusão

¹⁴ Art. 80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

assegura proteção da família e dependentes do segurado preso, resguardando a dignidade da família e funcionando como renda mensal para sustentação às bases alimentar, educacional e à saúde.

Vê-se, portanto, a relevância econômica e sua influência na realização dos direitos sociais da família do recluso.

Finalmente, vale trazer à baila o conceito de Adriana Menezes (2012, p.248), que admite a concessão do auxílio-reclusão para as hipóteses em que o segurado for recolhido à prisão para cumprir pena em regime fechado ou semiaberto.

Como pode ser notado, dos conceitos acima, é possível afirmar que o auxílio-reclusão é um benefício previdenciário cujo fato gerador é o recolhimento à prisão do segurado, em regime fechado ou semiaberto. Os dependentes do segurado têm direito ao benefício, que tem natureza alimentar e reflexos econômicos no país

2. Breve histórico do auxílio-reclusão no Brasil

A primeira citação ao benefício do auxílio-reclusão no regramento pátrio foi feita no art. 63, parágrafo único, do Decreto nº 22.872/1933¹⁵, que cria o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos.

Art. 63. O associado que, não tendo família, houver sido demitido do serviço da empresa, por falta grave, ou condenado por sentença definitiva, de que resulte perda do emprego, e preencher todas as condições exigidas neste decreto para aposentadoria, poderá requerê-la, mas esta só lhe será concedida com metade das vantagens pecuniárias a que teria direito si não houvesse incorrido em penalidade.

Parágrafo único. Caso o associado esteja cumprindo pena de prisão e tiver família sob sua exclusiva dependência econômica, a importância da aposentadoria a que se refere este artigo será paga ao representante legal da sua família, enquanto perdurar a situação de encarcerado.

Como pode ser visto no artigo, o benefício do auxílio-reclusão era concedido no valor da metade das vantagens pecuniárias se o associado (somente o marítimo), fosse condenado por sentença definitiva que ocasionasse a perda do emprego, desde que não

¹⁵ Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos.

tivesse família. Contudo, se tivesse família, teria direito de receber o valor correspondente a sua aposentadoria, caso estivesse preso.

Depois, houve a previsão no Decreto nº 54, de 1934¹⁶, que regulamentava o benefício para os bancários.

Art. 67. Caso o associado esteja preso, por motivo de processo ou em cumprimento de pena, e tenha beneficiários sob sua exclusiva dependência econômica, achando-se seus vencimentos suspensos, será concedida aos seus beneficiários, enquanto perdurar essa situação, pensão correspondente à metade da aposentadoria por invalidez a que teria direito, na ocasião da prisão.

Já neste Decreto, o beneficiário receberia o auxílio-reclusão, correspondente à metade da aposentadoria por invalidez a que teria direito, caso o associado (somente o bancário), estivesse preso, por motivo de processo ou em cumprimento de pena, desde que os seus vencimentos estivessem suspensos.

Em 1960, a Lei Orgânica da Previdência Social - LOPS (Lei nº 3.807/60¹⁷) tratou do assunto, mas limitou o recebimento do benefício a uma carência mínima de 12 contribuições. Exigiu, ainda, que o segurado estivesse detido ou recluso em prisão preventiva ou sentença condenatória, sem receber qualquer remuneração da empresa.

Art. 43. Aos beneficiários do segurado, detento ou recluso, que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa, e que houver realizado no mínimo 12 (doze) contribuições mensais, a previdência social prestará auxílio-reclusão na forma dos arts. 37, 38, 39 e 40 desta lei.

§1º O processo de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho da prisão preventiva ou sentença condenatória.

§2º O pagamento da pensão será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado, o que será comprovado por meio de atestados trimestrais firmados por autoridade competente.

Por fim, com o Decreto nº 77.077/1976¹⁸, houve a consolidação das leis da previdência social (CLPS), que continuou concedendo o auxílio reclusão nos mesmos moldes da Lei nº 3.807, de 1960.

Art. 63. O auxílio-reclusão será devido, após 12 (doze) contribuições mensais e nas condições dos artigos 56 a 59, aos dependentes do segurado

¹⁶ Aprova o Regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários.

¹⁷ Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social.

¹⁸ Expede a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS).

detento ou recluso que não perceba qualquer espécie de remuneração da empresa.

§ 1º O requerimento de auxílio-reclusão será instruído com certidão do despacho de prisão preventiva ou da sentença condenatória.

§ 2º O pagamento será mantido enquanto durar a reclusão ou detenção do segurado, o que será comprovado por meio de atestados trimestrais de autoridade competente.

Como se vê, o Decreto previa a concessão do auxílio-reclusão somente após 12 (doze) contribuições, desde que o segurado estivesse detido ou recluso por prisão preventiva ou sentença condenatória, e não estivesse recebendo qualquer remuneração da empresa.

Com a Constituição de 1988, no entanto, o benefício ganhou status constitucional, na forma do que preceitua o artigo 201, inciso I¹⁹, *verbis*: “art. 201. Os planos de previdência social, mediante contribuição, atenderão, nos termos da lei, a: I - Cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte, incluída os resultados de acidente do trabalho, velhice e reclusão”.

Conforme a Constituição em seu artigo 201, I, o benefício previdenciário do auxílio-reclusão abrangia a todos os segurados, visando assegurar a cobertura dos eventos ou contingências ou riscos sociais, entre eles a reclusão.

Mais tarde, o artigo 80 da Lei nº 8.213, de 1991²⁰, regulamentou a concessão de benefícios da Previdência, dentre eles o auxílio-reclusão.

De acordo com a lei, o auxílio-reclusão será devido aos dependentes dos segurados presos que não estejam recebendo remuneração da empresa, em gozo de auxílio-doença, aposentadoria ou abono de permanência em serviço.

A Emenda Constitucional nº 20/98²¹, que alterou a redação do inciso IV do art. 201, limitou o acesso ao benefício aos dependentes dos segurados de baixa renda.

Assim, é possível afirmar que requisitos para a concessão do auxílio-reclusão são extraídos da combinação do art. 201, inciso IV da CF/88²² com o art. 80 da Lei nº 8.213/91²³,

¹⁹ Constituição da República Federativa do Brasil

²⁰ Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social.

²¹ Modifica o Sistema de Previdência Social.

²² Art. 201 da CF/88: A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a: IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

²³ Art.80. O auxílio-reclusão será devido, nas mesmas condições da pensão por morte, aos dependentes do segurado recolhido à prisão, que não receber remuneração da empresa nem estiver em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço.

quais sejam:

- 1) o preso deve ser segurado do INSS na data da prisão;
- 2) o segurado deve ser de baixa renda;
- 3) o segurado deve encontrar-se preso, (independente do tipo de prisão);
- 4) o preso não pode estar recebendo remuneração da empresa, nem em gozo de auxílio-doença, de aposentadoria ou de abono de permanência em serviço;
- 5) deve ser provado, através de uma certidão emitida pela autoridade competente, que o segurado encontra-se realmente preso no regime fechado ou semiaberto;
- 6) os dependentes devem demonstrar esta qualidade.

3. Do impacto financeiro do auxílio-reclusão por não pagamento da pensão alimentícia na Previdência Social do Brasil no ano de 2018

3.1. A situação no Distrito Federal entre janeiro e maio de 2018

Considerando os dados pesquisados junto ao sistema da polícia civil do Distrito Federal, no período de janeiro a maio de 2018, 311 pessoas foram presas pelo não pagamento de pensão alimentícia.

Desse total, apenas 9 (nove) solicitaram declaração de constatação de prisão (DCCP – Delegacia de Controle e Condução de Presos). Destes, apenas um ingressou efetivamente com o pedido de auxílio-reclusão junto ao INSS.

TABELA 1: QUANTIDADE DE PRESOS CIVIS POR INADIMPLEMENTO VOLUNTÁRIO DA PENSÃO ALIMENTÍCIA NA CARCERAGEM DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL NO PERÍODO DE JANEIRO A MAIO DE 2018

PRESOS CIVIS NA PCDF/2018 – DEVEDOR DE PENSÃO ALIMENTÍCIA					
	JANEIRO	FEVEREIRO	MARÇO	ABRIL	MAIO
1	33	26	54	29	40
2	7	3	5	8	1
3	17	6	11	13	16
4	10	3	8	1	8
5	2	1	0	4	5
TOTAL	69	39	78	55	70

Parágrafo único: O requerimento do auxílio-reclusão deverá ser instruído com certidão do efetivo recolhimento à prisão, sendo obrigatória, para a manutenção do benefício, a apresentação de declaração de permanência na condição de presidiário.

6	N/D	N/D	N/D	8 (4)	7 (5)
PROJEÇÃO	12,28% - 9	12,28% - 5	12,28% - 10	--	--
	7,22% - 5	7,22% - 3	7,22% - 6		

Fonte: SISPEN/PCDF.

LEGENDA:

1. $x < 10$ dias – ficaram presos menos de 10 dias.
2. $10 > x < 30$ dias – ficaram presos mais de 10 dias e menos de 30 dias.
3. 30/45 dias – ficaram presos 30 ou 45 dias.
4. 60 dias – ficaram presos 60 dias.
5. 90 dias – ficaram presos 90 dias.
6. Quantidade de presos que preenchem o requisito do auxílio-reclusão.

Projeção: a) as porcentagens de 12,28% ($14,55\% + 10\% = 24,55/2 = 12,28\%$) e 7,22% ($7,28\% + 7,15\% = 14,43/2 = 7,22\%$), correspondem respectivamente, às projeções dos presos que teriam direito ao auxílio-reclusão e os que solicitaram a declaração junto a PCDF/DCCP; b) as porcentagens de 14,55% e 10% correspondem à quantidade de presos civis que teriam direito ao auxílio-reclusão nos meses de abril e maio/2018; c) as porcentagens de 7,28% e 7,15% correspondem à quantidade de presos civis que solicitaram a declaração junto a PCDF/SCIP.

Analisando o quadro acima, percebe-se que no mês de janeiro de 2018 foram presas 69 pessoas ($n_j=69$) por não pagamento de pensão alimentícia; destas, 33 ficaram menos de 10 dias presas; 7 ficaram presas entre 10 e 30 dias; 17 ficaram presas 30 ou 45 dias; 10 ficaram presas 60 dias e 2 ficaram presas 90 dias.

Logo, do total de 69 presos, somente 36 estariam aptos a requerer o auxílio-reclusão, dado que os demais, ante o curto período de encarceramento, não conseguiriam suprir a burocracia administrativa da solicitação do auxílio-reclusão antes de serem soltos.

Não se pode afirmar, ademais, no âmbito da amostra de 36 presos, quais preenchiem os requisitos legais para a solicitação do benefício junto ao INSS.

É possível afirmar, contudo, que não houve nenhuma concessão do auxílio-reclusão para tais presos, conforme se infere das informações obtidas na Polícia Civil do Distrito Federal (DCCP/SCIP - Seção de Controle e Informação de Presos), no sentido de que nenhuma solicitação de declaração de cumprimento de pena foi solicitada.

No mês de fevereiro de 2018 foram presas 39 ($n_f=39$) pessoas por não pagamento de pensão alimentícia. Destas, 26 ficaram menos de 10 dias presas; 3 ficaram presas entre 10 e 30 dias; 6 ficaram presas 30 ou 45 dias; 3 ficaram presas 60 dias e 1 ficou presa 90 dias.

Logo, do total de 39 presos somente 13 poderiam solicitar, em tese, o auxílio-

reclusão, desde que preenchidos os requisitos legais. Também naquele mês não houve solicitação de declaração junto à SCIP - Seção de Controle e Informação de Presos (DCCP/PCDF). Infere-se, portanto, que também em fevereiro não houve concessão do benefício auxílio-reclusão para os presos civis no Distrito Federal.

No mês de março de 2018 foram presas 78 (nm=78) pessoas por não pagamento de pensão alimentícia. Destas, 54 ficaram presas menos de 10 dias presas; 5 ficaram presas entre 10 e 30 dias; 11 ficaram presas 30 ou 45 dias; 8 ficaram presas 60 dias e nenhuma pessoa presa ficou 90 dias.

Com efeito, daquele total de presos, somente 24 poderiam, em tese, solicitar o auxílio-reclusão, desde que preenchidos os requisitos legais. Mais uma vez nenhuma declaração foi emitida pela DCCP/PCDF.

Já no mês de abril de 2018 foram presas 55 (na=55) pessoas por não pagamento de pensão alimentícia, das quais 29 ficaram menos de 10 dias presas; 8 ficaram presas entre 10 e 30 dias; 13 ficaram presas 30 ou 45 dias; 1 ficou 60 dias presa; 4 ficaram presas 90 dias.

Logo, somente 26 conseguiriam, em tese, solicitar o auxílio-reclusão. Destas, apenas 8 preenchiam os requisitos legais para a solicitação do auxílio-reclusão civil, entre as quais apenas 4 solicitaram a declaração junto ao setor competente da Polícia Civil do Distrito Federal (DCCP/SCIP). Note-se, contudo, que nenhum auxílio-reclusão de preso civil foi efetivamente solicitado ao INSS.

Finalmente, em maio de 2018 foram presas 70 pessoas por não pagamento de pensão alimentícia; dessas, 40 ficaram menos de 10 dias; 1 ficou presa entre 10 e 30 dias; 16 ficaram presas 30 ou 45 dias; 8 ficaram presas 60 dias; 5 ficaram presas 90 dias.

Do total informado, somente 30 conseguiriam, em tese, solicitar o auxílio-reclusão; no entanto apenas 7 preenchiam os requisitos legais para receber o benefício e, destes, somente 5 pediram a declaração que comprovava seu recolhimento à prisão. Apenas 1, o benefício perante o INSS, cuja resposta encontra-se pendente no momento de elaboração deste artigo.

Avaliando o interregno considerado (janeiro a maio), do total de 311 presos, somente 129 (41,48%) poderiam, em teses, preencher os requisitos para a concessão do benefício auxílio-reclusão. Destes, apenas 39 (30,23%) preencheram os requisitos e tão somente 9 (14,33%) presos mostraram interesse em receber o benefício, pois solicitaram junto à Polícia Civil do Distrito Federal (DCCP/SCIP) a declaração de prisão. Porém, somente

1 (0,7%) beneficiário efetivou o pedido do benefício no INSS.

As possíveis razões do baixo interesse no benefício podem estar relacionadas à falta de informação por parte dos internos e dos próprios órgãos públicos no que se refere à concessão do auxílio-reclusão ao preso civil. Note-se, ainda, que a perda da qualidade de segurado ou mesmo a não filiação ao regime podem estar relacionadas com os resultados descritos.

3.2. O auxílio-reclusão no âmbito nacional, regional (Centro-Oeste) e no Distrito Federal

De acordo com os Boletins Estatísticos da Previdência Social, considerando os meses de janeiro a maio de 2018, foram concedidos 8825 benefícios de auxílio reclusão de natureza criminal. De outro lado, no Distrito Federal e no Centro-Oeste foram concedidos 98 (1,10%) e 624 (7,06%) benefícios, respectivamente.

Conforme se infere da Tabela 2, a quantidade de auxílios-reclusão concedidos em todo o Brasil nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2018, respectivamente, foram de 1.531, 1.419, 1.913, 1.970 e 1.992 benefícios, o que corresponde a 0,4162%, 0,3784%, 0,4001%, 0,4185% e 0,4278% do total de benefícios previdenciários concedidos nos respectivos meses em todo o país. Como média final, o auxílio-reclusão corresponde a 0,4082% do total dos benefícios previdenciários concedidos em todo o Brasil de janeiro a maio de 2018.

TABELA 2: TOTAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS E DO AUXÍLIO-RECLUSÃO CONCEDIDOS NO ANO 2018

	BRASIL	CENTRO-OESTE	DISTRITO FEDERAL	TOTAL DO BENEFÍCIO AUXÍLIO-RECLUSÃO CRIMINAL		
				BRASIL	CENTRO-OESTE	DISTRITO FEDERAL
Jan	367.893	25.137	5.248	1.531	109 (7,06%)	17 (1,10%)
Fev	375.000	27.138	5.740	1.419	100 (7,06%)	16 (1,10%)
Mar	478.129	33.927	6.576	1.913	135	21
Abr	470.659	32.967	7.170	1.970	139 (7,06%)	22 (1,10%)
Mai	465.572	40.797	16.985	1.992	141 (7,06%)	22 (1,10%)

Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS²⁴ e Boletim Estatístico Regional da Previdência Social - BERPS²⁵.

²⁴ <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>.

²⁵ <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/berps18.03.pdf>.

Já em relação a quantitativo de auxílios-reclusão concedidos em todo o Centro-oeste, foram 109, 100, 135, 139 e 141 benefícios, respectivamente nos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio, o que corresponde a 0,030%, 0,027%, 0,028%, 0,030% e 0,030% do total dos benefícios concedidos em todo o Brasil.

Por fim, o benefício auxílio-reclusão por preso criminal concedido no Distrito federal, referente aos meses de janeiro, fevereiro, março, abril e maio de 2018, corresponde, em média, a 1,10% do total brasileiro e a 15,56% do total do Centro-Oeste.

4.3. O total de presos no DF: a relação entre presos civis e criminais

Feita a prelibação acima, parte-se para a comparação da quantidade de presos pelo não pagamento de pensão alimentícia no Distrito Federal com a massa carcerária criminal, o que é resumido pela Tabela 3.

TABELA 3: TOTAL DE PRESOS NA CARCERAGEM DA POLÍCIA CIVIL DO DISTRITO FEDERAL (DCCP) E NO SISTEMA PRISIONAL DO DISTRITO FEDERAL

	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai
Preso Civil	69 (0,45%)	39 (0,26%)	78 (0,52%)	55 (0,36%)	70 (0,46%)
Preso criminal	15.176	15.103	15.172	15.237	15.325
Auxílio-reclusão civil	5 (29,41%)/ (0,03%)	3 (18,75%)/ (0,02%)	6 (28,57%)/ (0,04%)	4 (18,18%)/ (0,03%)	5 (22,73%)/ (0,03%)
Auxílio-reclusão criminal	17 (0,11%)	16 (0,10%)	21 (0,14%)	22 (0,14%)	22 (0,14%)

Fonte: SISPEN e Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS²⁶

Conforme se infere da tabela, em janeiro de 2018 a massa carcerária criminal do Distrito Federal correspondia a 15176 presos e a de presos civis a 69, o que corresponde a 0,45% do total de presos da massa carcerária criminal do Distrito Federal.

Teriam direito ao auxílio-reclusão 29,41% dos presos civis (n=5). De outro lado, foram concedidos 17 benefícios aos presos criminais. Note-se que apenas 0,03% dos presos civis teriam direito ao auxílio-reclusão se comparados com o total da massa carcerária do DF.

Já no mês de fevereiro de 2018, a massa carcerária criminal do Distrito Federal era de 15103 presos e a de presos civis 39, correspondendo a 0,26% do total da massa carcerária

²⁶ <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>.

criminal do DF. Destes, 18,75%(n=3) teriam direito ao auxílio-reclusão quando comparado a quantidade de auxílio-reclusão concedidos aos presos criminais do Distrito Federal (n=16). Em fevereiro, apenas 0,02% dos presos civis teriam direito ao auxílio-reclusão se comparados com a massa carcerária do DF.

Em março de 2018, a percentagem de presos civis ficou em 0,52% (n=78) quando comparado com o total dos presos criminais (n=15172). Entre os presos civis, 28,57% poderiam receber o auxílio-reclusão em comparação aos criminais que receberam o benefício (n=21). Logo, apenas 0,04% dos presos civis teriam direito ao auxílio-reclusão quando comparados com a massa carcerária criminal do DF.

No mês de abril de 2018, o percentual de presos civis foi de 0,36% (n=55 presos) quando comparados ao quantitativo de presos criminais do Distrito Federal (n=15.237). Somente 18,18% presos civis teriam direitos ao auxílio-reclusão se comparado com os presos criminais do DF para os quais o INSS concedeu o benefício (n=22). E apenas 0,03% dos presos civis teriam direito ao auxílio-reclusão na comparação com a massa carcerária criminal do DF.

E por fim, no mês de maio de 2018, foi 0,46% a proporção de presos civis (n=70) em relação aos presos criminais do DF (n=15325) e de 22,73% o percentual de pretendentes aos benefícios pelos presos civis em relação ao auxílio-reclusão concedido aos presos criminais (n=22). Logo, apenas 0,03% dos presos civis teriam direito ao auxílio-reclusão se comparados com a massa carcerária criminal do DF.

TABELA 4: TOTAL DE BENEFÍCIOS PREVIDENCIÁRIOS NO BRASIL, NO CENTRO-OESTE E NO DISTRITO FEDERAL E O AUXÍLIO-RECLUSÃO DE PRESOS POR NÃO PAGAMENTO DE PENSÃO ALIMENTÍCIA NO DISTRITO FEDERAL – IMPACTO FINANCEIRO

	TOTAL DE BENEFÍCIOS NO BRASIL	AUXÍLIO-RECLUSÃO CIVIL	%	TOTAL DE BENEFÍCIOS NO CENTRO-OESTE	%	TOTAL DE BENEFÍCIOS NO DISTRITO FEDERAL	%
JAN	367.893	5	0,00135	25.137	0,020	5.248	0,095
FEV	375.000	3	0,0008	27.138	0,011	5.740	0,052
MAR	478.129	6	0,00125	33.927	0,018	6.576	0,091
ABR	470.659	4	0,00084	32.967	0,012	7.170	0,055
MAI	465.572	5	0,00107	40.797	0,012	16.985	0,029

MÉDIA	-	-	0,001062	-	0,015	-	0,064
TOTAL	2.157.253	23	0,001066	159.966	0,014	41.719	0,055
			6				

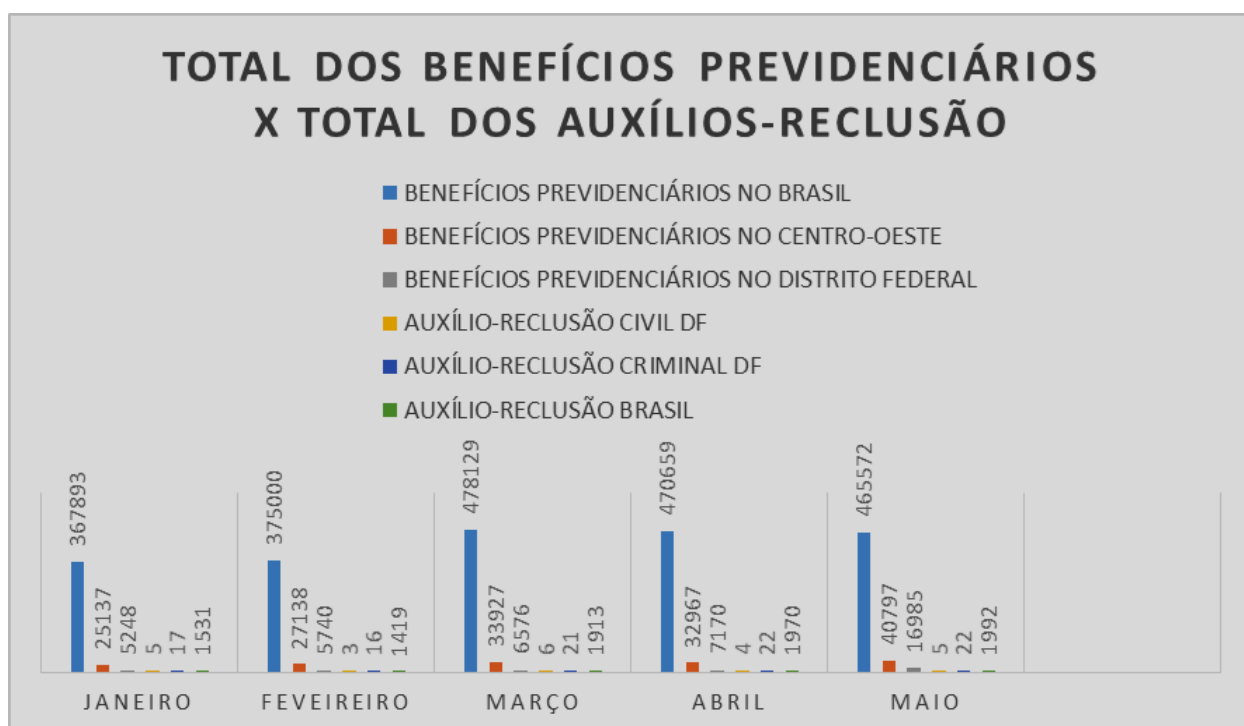
Fonte: SISPEN e Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS²⁷

Com fulcro nos dados obtidos, pode-se concluir que o impacto financeiro aos cofres do INSS decorrente da concessão do auxílio-reclusão aos presos por dívida alimentícia será em média de 0,001062% sobre o total dos benefícios concedidos pela Previdência Social no Brasil.

No âmbito do Centro-Oeste, o total dos benefícios concedidos pela Previdência Social corresponderia a 0,015% do total e em relação ao Distrito Federal, corresponderia a 0,064% de todos os benefícios concedidos no DF.

O gráfico 1 compara o total de benefícios previdenciários concedidos no Brasil, no Centro-Oeste e no Distrito Federal. Destaca, ainda, o volumes de auxílios-reclusão criminal concedidos em todo o Brasil e o volume de auxílios-reclusão criminal e civil concedidos no Distrito federal.

Gráfico 1 – Total dos benefícios previdenciários concedidos no Brasil, no Centro-Oeste e no Distrito Federal X Auxílio-reclusão criminal no Brasil e no Distrito Federal X Auxílio-reclusão civil no Distrito Federal



²⁷ <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>.

Fonte: SISPEN e Boletim Estatístico da Previdência Social - BEPS²⁸

Conforme pode-se extrair do gráfico acima, o reflexo do auxílio-reclusão do preso civil tem impacto mínimo no orçamento da Previdência Social. Por outro lado, o benefício social em favor dos dependentes que receberiam este benefício seria de grande importância, dada sua natureza alimentar.

TABELA 5: VALORES DO AUXÍLIO-RECLUSÃO CRIMINAL E CIVIL NO BRASIL E NO DISTRITO FEDERAL

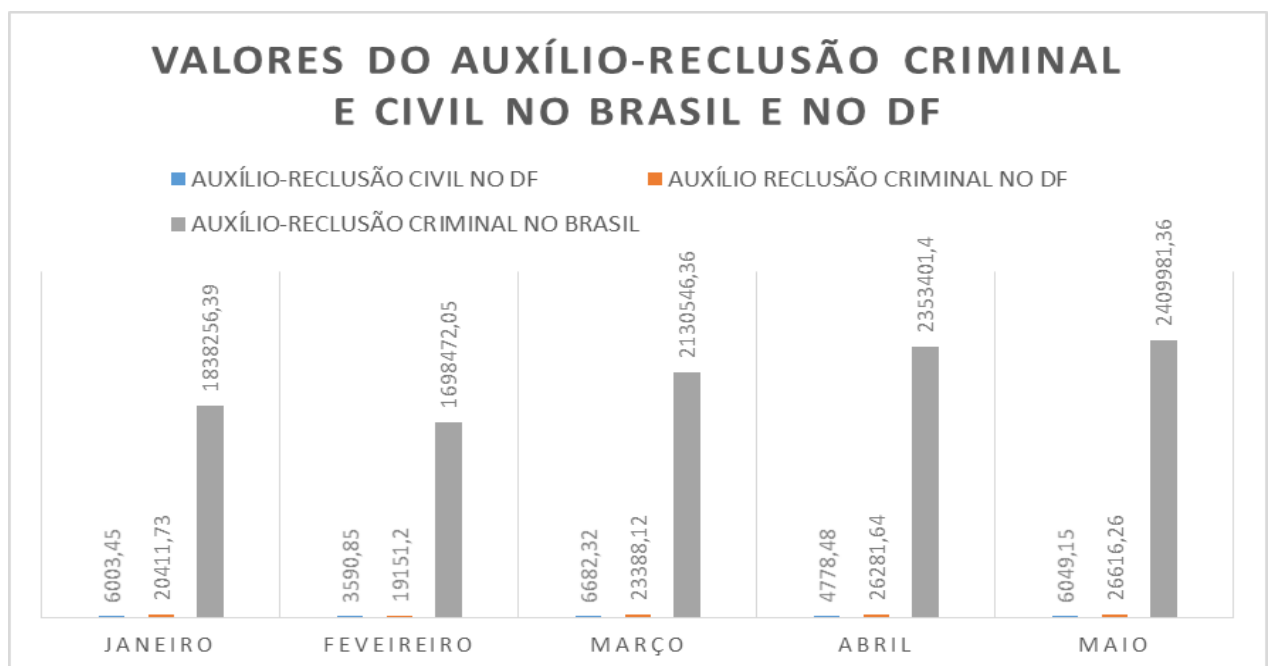
	Jan	Fev	Mar	Abr	Mai	Média Geral/Total
Valores médios do auxílio-reclusão	R\$ 1.200,69	R\$ 1.196,95	R\$ 1.113,72	R\$ 1.194,62	R\$ 1.209,83	R\$ 1.183,16
Auxílio-reclusão civil	5 R\$ 6.003,45	3 R\$ 3.590,85	6 R\$ 6.682,32	4 R\$ 4.778,48	5 R\$ 6.049,15	23 R\$ 27.212,68
Auxílio-reclusão criminal DF	17 R\$ 20.411,73	16 R\$ 19.151,20	21 R\$ 23.388,12	22 R\$ 26.281,64	22 R\$ 26.616,26	98 R\$ 115.848,95
Auxílio-reclusão criminal Brasil	1.531 R\$ 1.838.256,39	1.419 R\$ 1.698.472,05	1.913 R\$ 2.130.546,36	1.970 R\$ 2.353.401,40	1.992 R\$ 2.409.981,36	8.825 R\$ 10.430.657,56

Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS²⁹

²⁸ <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>.

²⁹ <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>.

Gráfico 2 – Auxílio-reclusão criminal e civil no Brasil e no Distrito Federal em valores monetários



Fonte: Boletim Estatístico da Previdência Social – BEPS³⁰

De fato, da leitura da tabela 5 e do gráfico 2 percebe-se que o valor total do auxílio-reclusão do preso civil por não pagamento da pensão alimentícia corresponderia a apenas 0,000919% do total dos valores concedidos pela Previdência Social no Brasil. Deve-se levar em conta, ainda, que o prazo máximo de prisão para o preso civil é de 90 dias, o que reforça os impactos pouco significativos de sua concessão ao orçamento da Previdência.

Considerações finais

³⁰ <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>.

Considerando os dados prospectados, conclui-se que os gastos da Previdência o auxílio-reclusão por não pagamento de pensão alimentícia estão muito aquém dos outros benefícios pagos pelo INSS.

De fato, os benefícios sociais do auxílio reclusão de natureza civil superam os investimentos previdenciários, já que asseguram, ainda que minimamente, os direitos fundamentais dos dependentes dos presos civis com um custo financeiro baixíssimo, de pequeno impacto nas constas da previdência.

Com efeito, a ampliação da base de filiados do INSS e a consolidação do auxílio-reclusão como direito social dos presos civis, pela doutrina e jurisprudência, são condições essenciais para a expansão do benefício, cujo impacto econômico é infinitamente inferior aos seus custos financeiros, conforme se demonstrou.

Referências

ALVES, Hélio Gustavo. **Auxílio Reclusão. Direitos dos presos e de seus familiares.** São Paulo: LTr, 2007.

BRASIL. **Boletim Estatístico da Previdência Social.** Brasília/DF. Ano 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/03/Beps18.01.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2018.

_____. **Boletim Estatístico da Previdência Social.** Brasília/DF. Ano 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/04/beps18.02.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2018.

_____. **Boletim Estatístico da Previdência Social.** Brasília/DF. Ano 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/beps18.03.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2018.

_____. **Boletim Estatístico da Previdência Social.** Brasília/DF. Ano 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/beps18.04.pdf>. Acesso em 12 de maio de 2018.

_____. **Boletim Estatístico da Previdência Social.** Brasília/DF. Ano 2018. Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/06/beps18.05.pdf>. Acesso em 03 de julho de 2018.

_____. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF, out 1988.

_____. **Decreto nº 54, de 12 de setembro de 1934.** Aprova o Regulamento do Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Bancários. Rio de Janeiro, RJ, set 1934.

_____. **Decreto nº 22.872, de 29 de junho de 1933.** Cria o Instituto de Aposentadoria e Pensão dos Marítimos.

_____. **Decreto nº 3048, de 06 de maio de 1999.** Aprova o Regulamento da Previdência Social. Brasília, DF, mai. 1999.

_____. **Decreto nº 77.077, de 24 de janeiro de 1976.** Expede a Consolidação das Leis da Previdência Social (CLPS). Brasília, DF, jan. 1976.

_____. **Emenda Constitucional nº 20,** de 15 de dezembro de 1998. Modifica o Sistema de Previdência Social. Brasília, DF, dez 1998.

_____. **Instrução Normativa INSS/PRES nº 77, de 21 de janeiro de 2015.** Estabelece rotinas para agilizar e uniformizar o reconhecimento de direitos dos segurados e beneficiários da Previdência Social. Disponível <http://sislex.previdencia.gov.br/paginas/38/inss-pres/2015/77.htm#capV>. Acesso em 10 de maio de 2018.

_____. **Lei nº 3.807/60, de 26 de agosto de 1960.** Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF, ago. 1960.

_____. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991.** Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social. Brasília, DF, jul. 1991.

_____. **Previdência Social.** Disponível em: <https://www.inss.gov.br/beneficios/auxilio-reclusao/>. Acesso em: 20 de maio de 2018.

_____. **Previdência Social.** Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/dados-abertos/dados-abertos-previdencia-social/>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

_____. **Previdência Social.** Disponível em: <http://www.previdencia.gov.br/wp-content/uploads/2018/05/berps18.03.pdf>. Acesso em: 06 de maio de 2018.

_____. **SISPEN-DF** – Sistema de Informação Penitenciário da PCDF.

_____. **SIAPEN-DF** – Sistema de Informação e Administração Penitenciário do DF.

HORVATH, Miriam Vasconcelos Fiaux. **Auxílio-Reclusão.** São Paulo, Ed. Quartier Latin, 2005.

MENEZES, Adriana. **Direito Previdenciário** – Coleção Técnico e Analista Tribunais. 2. ed., Salvador: Editora JusPodivm, 2012.

RIBEIRO, Juliana de Oliveira Xavier. **Direito Previdenciário Esquematizado.** São Paulo: Quartier Latin, 2008.

A VALORIZAÇÃO DA NEGOCIAÇÃO COLETIVA COM O ADVENTO DA LEI Nº 13.467/2017: INDÍCIOS DE UM PARADIGMA PÓS-SOCIAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS A PARTIR DA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS SISTEMAS

Lincoln Simões Fontenele

Mestrando em Direito, Constituição e Ordens Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará (UFC); especialista em Filosofia e Teoria do Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-Minas); bacharel em Direito pelo Centro Universitário 7 de Setembro (Uni7)

Resumo

Este artigo pretende fazer uma abordagem a partir do aporte teórico-metodológico da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann. Com esta perspectiva, analisa-se um novo paradigma de direitos fundamentais, que, será chamado de pós-social. Por enquanto, sem pretensão de considerá-lo pronto e acabado, fotografam-se algumas de suas manifestações. A partir de uma abordagem empírica e crítica do modelo sindical brasileiro, tem-se como recorte da reforma trabalhista brasileira (Lei nº 13.467/2017) realizado para este estudo a valorização da negociação coletiva. Realizada uma contextualização do atual quadro sindical, que possui histórico corporativista e seus resquícios jurídicos, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, percebe-se que o déficit de representatividade sindical pode ser uma porta de entrada para a corrosão e dificuldade de acesso aos direitos fundamentais sociais dos trabalhadores, sendo, inclusive, um convite à prevalência do código econômico na sociedade e ao perigo da desdiferenciação funcional.

Palavras-chave: Teoria dos Sistemas. Paradigma pós-social. Negociado sobre o legislado. Corporativismo. Desdiferenciação funcional.

Abstract

This article intends to do an approach from the theoretical-methodological contribution of Niklas Luhmann's Systems Theory. Through this landscape, a new paradigm of fundamental rights is analyzed, which will be called post-social. For now, without pretending to consider it ready and finished, some of its manifestations are photographed. Based on an empirical and critical approach of the Brazilian union model, the Brazilian Labor Reform (Law No. 13,467 / 2017) has been used as a cut for the study the valuation of collective bargaining. After a contextualization of the current union structure, which has a corporatist history and its juridical remnants, even after the promulgation of the 1988 Constitution, it can be seen that the deficit of trade union representation can be a gateway to corrosion and difficult access to workers' fundamental social rights, including an invitation to the prevalence of the economic code in society and to the danger of functional dedifferentiation.

Key-words: Systems Theory. Post-social paradigm. Negotiated over the legislated. Corporatist. Functional differentiation.

Introdução

As relações de trabalho podem ser melhor compreendidas e debatidas a partir de uma perspectiva teórico-sistêmica, posto que ela descreve a sociedade e permite uma análise transdisciplinar com seus vários sistemas. Dessa forma, a pesquisa parte dela por entender que uma análise das relações de trabalho precisa dialogar com a sociedade como

um todo. Diante disso, a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann fornece um adequado suporte teórico e metodológico para a presente pesquisa.

Com esteio nesta perspectiva, a questão dos direitos fundamentais dos trabalhadores frente a uma tendência global de esgotamento do Estado Social entra em cena no mundo do trabalho. Trata-se de uma situação que permite apontar a construção de um novo paradigma de direitos fundamentais, o pós-social. Neste contexto, no Brasil, surge uma valorização pela prevalência do negociado como instrumento hábil a modificar a relação de trabalho, em detrimento da imposição política de limites e possibilidades a ela. Tal modelo pode ser observado na Lei nº 13.467/2017, juntamente de sua Exposição de Motivos e do Voto do Relator, o Deputado Federal Rogério Marinho. A valorização desse instrumento tem esteio na tentativa de dar mais liberdade para a relação de trabalho se adequar aos diferentes setores da economia e às diferenciadas conjunturas econômicas.

2 O direito, a economia e a política: elementos sistêmicos e sociais das relações de trabalho

Debater as relações de trabalho demanda esclarecimentos de suas bases sociológicas para se compreender os fatores que nelas historicamente influem. Para tanto, será útil partir da Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann para identificar tais fatores, tendo em vista que se trata de uma teoria com a pretensão de descrever a sociedade como um todo e seus sistemas internos. Dessa forma, é possível identificar três sistemas sociais que estão envolvidos na relação trabalhista: o direito, a economia e a política.

O direito tem sua importância por manter estáveis as expectativas normativas das pessoas, de forma que, diante de desapontamentos, não sejam abandonadas nem modificadas (LUHMANN, 1983, p. 56). Nesse sentido, uma relação de trabalho envolve obrigações de ambas as partes contratantes, comumente chamadas pela doutrina jurídica brasileira de obreiro e tomador de serviços. Tais obrigações possuem as qualidades necessárias para serem adimplidas por meio de mecanismos do próprio direito. Para tanto, este sistema faz uso de seu código binário lícito/ilícito orientado por seu programa condicional: “se forem preenchidas determinadas condições (se configurado um conjunto de fatos precisamente definidos), deve-se adotar uma determinada decisão” (LUHMANN, 1985, p. 28).

O sistema econômico possui participação na relação de trabalho na medida em

que lida com o problema da escassez por meio de operações que, enquanto dão acesso a determinados bens, limitam o acesso a estes mesmos bens às outras pessoas (LUHMANN, 1994, p. 179). Diante disso, a economia opera com o código binário ter/não ter, estabelecendo a relação na qual se encontra o participante da economia face a todos os bens que podem ser objeto de acesso, de modo que a propriedade de Alter é necessariamente a escassez de Ego³¹.

Com o advento de uma moeda comum de troca – o dinheiro –, o ter/não ter tornou-se pagar/não pagar, porque se tem ou não se tem uma determinada quantidade de dinheiro, e esta operação é orientada por um programa, que, no caso do sistema econômico, é o preço, o qual motivará ou não um pagamento (CORSI, ESPOSITO; BARALDI, 1996, p. 70). Ou seja, o preço, conforme Luhmann, permitirá a formação de expectativas sobre a quantidade que se terá que pagar e a comunicação entre os atores econômicos sobre isso (2013, p. 8). Portanto, para o autor, possibilita-se, assim, saber se alguém quer ou não pagar por algo ou se alguém pode ou não produzir a esse preço³² (1994, p. 111), já que os preços permitem a observação de necessidades, desejos, falta de recursos, excessos de bens, novas tecnologias, etc. (CORREIA, 2014, p. 83).

Ademais, para a construção da argumentação voltada à relação de trabalho, deve-se destacar desse sistema econômico o que Luhmann chama de “critério da ganância” (cf. 2013, p. 83). Assim, considerando que existe uma relação na qual o pagamento de Alter destinado a Ego possibilita a este um futuro pagamento, já que, agora, possui dinheiro, a ganância é o elemento que proporciona, indiretamente, que Alter, mesmo se relacionando economicamente com Ego, continue a ter dinheiro e, conseqüentemente, mais condições de pagamento. E é importante trazer esse conceito à presente investigação, porque Luhmann acrescenta no argumento que há razões ou finalidades diversas para se realizar pagamentos ligadas à ideia de “necessidade”³³, que podem ser aquelas básicas humanas,

³¹ Assim é representado o problema social da economia, que é o paradoxo da escassez, no qual o acesso a determinados bens por alguém é a redução destes mesmos bens para outro, ou seja, o acesso produz escassez (LUHMANN, 1994, p. 98).

³² Luhmann ainda assevera que tal programa pressupõe a desigualdade de condições, uma vez que enquanto as necessidades dos atores econômicos são diferentes – resultando em bens que possuem o mesmo preço, mas são mais ou menos atrativos a depender dessa desigualdade – o dinheiro está repartido desigualmente entre eles (1994, p. 112). Desse modo, os preços são considerados altos para uns e bem acessíveis para outros, ocasião em que o autor conclui que a igualdade seria uma entropia mortal para o sistema econômico (1994, p. 112).

³³ As necessidades podem ser biológicas, psíquicas ou propriamente econômicas.

aquelas que surgem caso se tenha dinheiro disponível para satisfazê-las³⁴ ou aquelas que demandam energia, insumos³⁵ e mão de obra (2013, p. 11). Estas últimas – necessidades de produção – são imprescindíveis para consagrar a participação da economia nas relações de trabalho, pois o tomador dos serviços do obreiro, sob a égide do critério da ganância, almeja lucratividade ao procurar energia, insumos e mão de obra e verifica sua precificação no mercado. Portanto, as empresas possuem, nesta última necessidade, mais protagonismo. Enquanto os consumidores demandam bens e serviços finais mais pela utilidade direta que podem acarretar, as empresas os demandam em razão da produção e da receita que podem obter através do seu uso (SAMUELSON; NORDHAUS, 2012, p. 205), gerando mais condições de pagamento.

Fazendo-se uma análise econômica da relação de trabalho, conclui-se, diante do exposto, que o tomador dos serviços do obreiro, sob a égide do critério da ganância, procura aumentar cada vez mais suas próprias condições de pagamento, o que fará por meio da produção. Para tanto, demanda energia, insumo e mão de obra.

Assim, compreende-se como o direito e a economia são sistemas envolvidos na relação de trabalho: do ponto de vista jurídico, o contrato de trabalho contém obrigações de cada parte; do ponto de vista econômico, orientações marcadas pelo critério da ganância com relação à propriedade (LUHMANN, 2016, p. 623). O contrato de trabalho será resultado da participação desses dois sistemas que se sensibilizam entre si. Pode-se dizer, portanto, que se trata de um conflito social, que, historicamente³⁶, percebeu-se ser dinâmico e protagonizado por sujeitos que têm interesses contrários na relação de trabalho, que demanda prestações jurídicas (LOPEZ, 2001, p. 18). Destarte, o direito do trabalho tem o papel de regular essa relação conflituosa, mantendo estáveis as expectativas que tais atores possuem.

Contudo, não se pode deixar de mencionar que há um forte traço do sistema político ao se analisar as relações de trabalho, posto que suas decisões coletivamente vinculantes podem resolver problemas que a luta individual não consegue por si só, trazendo limites e possibilidades ao desenvolvimento dessas relações trabalhistas

³⁴ Luhmann as entende como necessidades de luxo (2013, p. 11).

³⁵ Tradução livre do termo *materiales* contido na fonte em espanhol.

³⁶ Remontando aos antecedentes pré-industriais do trabalho subordinado moderno, cf. Ramalho (2015, p. 50-56).

(LUHMANN, 2014, p. 38)³⁷. Ou seja, para além da vontade das próprias partes em construir o contrato, há fronteiras que a política insere nessa relação. Daí a atuação do Estado, como organização política, para a implementação de direitos sociais (CORREIA, 2014, p. 88-89).

Nessa tríade entre direito, economia e política, os direitos fundamentais, especificamente os trabalhistas, entram em cena para garantir a diferenciação destes sistemas, como é a sua função na sociedade (LUHMANN, 2010, p. 297). Isto quer dizer que, enquanto garantem a satisfação econômica de necessidades, impedem que o código econômico prepondere em relação aos códigos dos outros sistemas, impedindo, desse modo, a desdiferenciação funcional.

3 Paradigma pós-social dos direitos fundamentais

Quando se fala do direito que regula a relação do trabalho, afetando, conseqüentemente, o contrato de trabalho, sabe-se que o seu programa condicional, analisado no tempo, é dinâmico, já que é reflexo de um conflito social. Sua mudança é representada pela consagração de novos paradigmas do direito. E é deste conflito que emanam os tipos de expectativas que deverão ser estabilizadas pelo sistema jurídico³⁸.

Sarmiento aponta que, sob o impacto da globalização³⁹, há uma debilitação do Estado na medida em que perde força sobre as variáveis econômicas, o que acaba por refletir no seu papel de implementação de políticas públicas e de garantia da eficácia dos direitos sociais (2004, p. 396). Torna-se insustentável, então, manter o contrato da relação de trabalho em limites e possibilidades ventilados pelo paradigma social⁴⁰, porque os efeitos da globalização desterritorializaram ainda mais as comunicações da economia, incentivando expatriação da produção (cf. HARVEY, 2011, p. 21-22). Conseqüentemente, as

³⁷ Sobre o direito do trabalho surgindo como reação à desigualdade de fato, cf. Abrantes (2012, p. 269-284).

³⁸ Vez que a função do direito é a de manter estáveis as expectativas normativas congruentemente generalizadas, ou seja, expectativas que as pessoas têm e que não podem ser desapontadas (LUHMANN, 1983, p. 116-123).

³⁹ A globalização é para onde tendem os sistemas funcionais, não sendo o território do Estado um fator que limite suas operações, com exceção da política, caso em que os limites territoriais ainda se mostram como barreiras a sua atuação (LUHMANN, 2007, p. 641).

⁴⁰ Paradigma no qual foram consagrados os chamados direitos sociais, o que inclui os direitos trabalhistas. Parte-se, portanto, do pressuposto de que tais direitos fazem parte da categoria de direitos fundamentais. Sobre como os direitos sociais podem ser trabalhados dentro de uma dogmática unitária de direitos fundamentais cf. Novais (2010, p. 251-331). Sobre como direitos sociais afetam relações entre particulares cf. Abrantes (2005, p. 65-142) e cf. Sarmiento (2004, p. 332-350). Pontualmente sobre a eficácia vinculativa perante terceiros dos direitos fundamentais dos trabalhadores cf. Caupers (1985, p. 147-179).

obrigações assumidas contratualmente sob a perspectiva do paradigma retro são, do ponto de vista econômico, contraprestações que podem, facilmente, ser substituídas por outras que permitem maiores condições de pagamento, principalmente se o interesse for de produção. Isto é, o preço das relações de trabalho, resultado de obrigações jurídicas mantidas sob as possibilidades e os limites que as decisões políticas estabelecem (legislação trabalhista brasileira), concorre com o preço que se obtém ao se analisar a relação de trabalho regulada por outros programas jurídicos (legislação trabalhista de outros países), que podem sofrer maior ou menor intervenção por decisões políticas.

Permite-se que a economia possa se tornar cada vez mais livre dos territórios, o que possibilita o investimento cada vez mais concentrado em locais capazes de proporcionar maior lucratividade para as empresas, gerando concorrência entre os agentes econômicos em níveis transnacionais, de modo que os força a buscar a redução de seus custos a qualquer preço (SARMENTO, 2004, p. 397). Inclusive, aponta o autor que a “mobilidade dos meios de produção atua hoje no sentido de libertar os agentes econômicos transnacionais das amarras do direito interno dos países em que operam” (2004, p. 398), concluindo que, dessa forma, o Estado vai perdendo condições de controlar os fatores econômicos e sociais que influem na sociedade territorialmente nele localizada (2004, p. 398). Ele acrescenta, ainda, que os “países que não adaptam o seu direito interno às exigências comuns do mercado internacional são imediatamente abandonados, pois o capital sem pátria tem como buscar abrigo nos Estados cujas leis lhe favoreçam” (2004, p. 399)⁴¹. Nesse cenário, a dinamicidade da relação entre direito, economia e política tendeu a mudar, apontando para emergência de um paradigma pós-social dos direitos fundamentais⁴², que pode ser pensado como um caminho para a “deslegalização das normas protetoras dos trabalhadores, despolitizando as relações de trabalho e as reduzindo a uma simples ordem de troca contratual” (FARIA, 1999, p. 229).

Diante disso, é possível trabalhar com a ideia de que os contratos e seus limites e possibilidades acabam por demandar mudanças, sob pena de serem, no mercado, maus

⁴¹ Acaba-se aumentando as práticas de *dumping* social, no sentido de se ter uma situação na qual o tomador de serviços se vale de um contrato dentro de possibilidades e limites diferentes e mais vantajosos permitidos pela política de um Estado-nação diferente dos concorrentes, resultando no fato de que suas prestações são consideravelmente inferiores àquelas praticadas por outros atores no mercado (MAIOR, MENDES e SEVERO, 2004, p. 10).

⁴² Sobre dados da precarização do trabalho no Brasil, cf. Druck (2011, p. 44-54). E sobre a crise do modelo social europeu, cf. Whitehead (2015, p. 1-75).

investimentos⁴³. Isto porque as grandes empresas, muito além de procurar apenas mão de obra barata, diante deste nível de concorrência, também sofrem pressão para se adaptar e inovar na sua administração⁴⁴, o que também vai demandar conformidade jurídica.

4 A valorização da negociação coletiva advinda com lei nº 13.467/2017

Enquanto a política consegue trazer limites e possibilidades aos contratos de trabalho, o conflito social e dinâmico entre capital e trabalho perdura. Não é que nessa relação se desconheça a direção⁴⁵ como um trabalho, como alguns podem querer criticar Marx nesse sentido, mas o fato é que esse lado da relação é o polo que lucra porque tem mais poder de barganha, e não porque recebe exatamente pelo próprio trabalho, sendo essa relação de espoliação, num primeiro momento, moralmente inaceitável (BATTAGLIA, 1958, p. 187-188). E, pelo motivo de o empreendedor ser o árbitro e regulador do trabalho, estabelecendo as condições de acordo com seu interesse pessoal, ao revés do operário, a quem não resta senão concordar, parte-se dessa relação para fundamentar o debate sobre propriedades legítimas e ilegítimas, enquanto derivadas do trabalho e da conquista, respectivamente, conforme Mazzini (*apud* BATTAGLIA, 1958, p. 190-191).

Em razão desse conflito entre lados com forças de barganha desiguais, a associação de trabalhadores como instrumento de modificação de sua realidade contratual vem suprir a demanda por uma maior força por parte deles. Seguindo nessa linha, o Brasil adota um modelo misto, no qual há a própria ordem estatal e a negociação coletiva como fontes do direito, tendo a CF/88, no art. 7º, XXVI, reconhecido a força normativa do instrumento coletivo.

A Exposição de Motivos da Lei nº 13.467/2017 reconhece a valorização do instrumento normativo coletivo e do combate ao questionamento judicial de sua

⁴³ A pressão competitiva se acirra com a entrada da China, da Índia, do Vietnã, da Indonésia, do Camboja, da Tailândia, de Bangladesh e de outros países recém-industrializados no mercado com ilimitado suprimento de empregos a baixo custo (STANDING, 2014, p. 49-52).

⁴⁴ O recurso ao modelo toyotista de produção foi um fator que afetou profundamente as relações de trabalho e as direcionou para a flexibilização. Com origem na empresa japonesa Toyota e criado por seu engenheiro industrial, Taiichi Ohno, tal sistema visa o aumento de produção ao mesmo tempo em que aumenta a quantidade de diversos modelos de produtos (PINTO, 2013, p. 61-62). Para tanto, a “autonomação”, a polivalência, a celularização e o *just-in-time* foram a combinação perfeita para aumentar a capacidade produtiva da empresa por meio de sua flexibilização, sem que se precisasse aumentar os salários e o número de postos de trabalhadores, aos quais foram direcionadas exigências de jornadas flexíveis e de horas extras (PINTO, 2013, p. 67-71).

⁴⁵ O termo “direção” está empregada no sentido de gestão da atividade econômica realizada pelo tomador de serviços.

autonomia, sob o fundamento de que as relações de trabalho precisam ter esse mecanismo de adequação aos diferentes setores da economia e às diferenciadas conjunturas econômicas (BRASIL, 2016).

A prevalência da norma mais favorável, disposta no *caput* do art. 7º da CF/88, comporta exceções, que são as negociações sobre o salário e a jornada, respectivamente os incisos VI e XIII daquele mesmo artigo. Com a vigência da Lei nº 13.467/2017, a valorização da negociação coletiva e a expressa disposição do art. 611-A da CLT, afirmando que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei”, apontam para uma maior segurança jurídica, na medida em que elenca o que pode ser objeto de negociação. Ademais, o art. 611-B da CLT, também oriundo da lei *supra*, já estabelece de antemão o que poderia ser objeto ilícito de negociação. Desta feita, uma maior abertura à prevalência do negociado oriunda da Reforma Trabalhista significa uma menor imposição de limites à relação de trabalho estabelecidos pelo sistema político⁴⁶.

Compreendida a possibilidade da prevalência da norma coletiva na flexibilização de direitos fundamentais dos trabalhadores, resta trazer ao debate a crítica ao modelo sindical brasileiro. Já em 2001, o Poder Executivo apresentou à Câmara dos Deputados o Projeto de Lei nº 5.483/01, que tendia a dar prevalência do negociado sobre o legislado, porém, diferentemente da sancionada Reforma Trabalhista, não elencou as situações em que seria possível. Ele acabou por ser arquivado sob o argumento de que o referido projeto demandaria uma alteração profunda no sistema sindical brasileiro, de forma que seria imprudente atribuir tal tarefa aos sindicatos enquanto permanecessem fracos e carentes de representatividade (BULGUERONI, 2015, p. 190). A atual Reforma Trabalhista conseguiu passar ao alvedrio deste argumento, posto que ainda não houve significativa mudança desse quadro. Ela ainda tenta tocar no sistema sindical ao retirar a obrigatoriedade da contribuição sindical, tornando-a facultativa, mas ainda passa longe de eliminar os resquícios do corporativismo.

Falar em corporativismo remonta à política econômica getulista, com auge no Estado Novo, em que o dirigismo fora acompanhado de controle do conflito entre capital e

⁴⁶ José Eduardo Faria destaca que movimentos como esse são oriundos da diminuição de poder do Estado em centralizar as situações sociais e atividades econômicas, resultando em duas estratégias: (i) ampla revisão da política legislativa e redefinição das fontes de direito; e (2) garantia aos diferentes atores sociais de condições de discussão entre si e definição consensual do conteúdo das normas (2008, p. 53-55).

trabalho (NASCIMENTO, 2009, p. 121-122). Para tanto, foi adotada (i) a estrutura da unicidade sindical; (ii) a proibição de sindicalização dos funcionários públicos; (iii) a proibição de atividades políticas e propagandas de ideologias consideradas sectárias, de caráter social ou religioso; (iv) a necessidade do reconhecimento do sindicato pelo Estado; (v) as contribuições sindicais obrigatórias; (vi) a proibição da greve; (vii) a intervenção do Estado no sindicato quando deixasse de observar a lei, se recusasse a cumprir Ato do Presidente da República ou normas das autoridades corporativas atinentes às diretrizes da política econômica; (viii) a criação de regras sobre a administração do sindicato; (ix) o poder normativo da Justiça do Trabalho; e (x) a criminalização da incitação à cessação coletiva do trabalho no setor público e a tipificação de vários atos como crimes contra a segurança nacional relacionados com a greve nos serviços públicos ou nas atividades essenciais (NASCIMENTO, 2009, p. 123-129).

Com esse histórico e com a sobrevivência da estrutura de unicidade sindical, até hoje, os sindicatos ainda possuem sua representatividade sendo vista com muita desconfiança. Com o poder que suas negociações terão com a prevalência do negociado sobre o legislado, os direitos fundamentais dos trabalhadores que aceitam tal flexibilização (salário e jornada) estarão em risco. Portanto, mister é entrar no debate sobre a possibilidade de essa abertura atacar os direitos sociais trabalhistas, o que permitiria concluir pela manifestação de um novo paradigma dos direitos fundamentais: o pós-social. É nele em que os direitos fundamentais dos trabalhadores sofrerão corrosão e terão barreiras de acesso pela fraca posição sindical no momento da negociação dos termos da relação de trabalho, permitindo conjecturar uma certa inflação do sistema econômico, cujo código começa a ganhar mais espaço de atuação em detrimento da diferenciação funcional⁴⁷.

Considerações finais

Parte-se da possibilidade de as relações de trabalho poderem ser descritas a partir de uma perspectiva teórico-sistêmica, destacando-se os contatos entre os sistemas

⁴⁷ Por isso, pode-se falar que o Brasil se encontra na periferia da sociedade mundial, uma vez que sua diferenciação recebe orientação primariamente econômica (NEVES, 2018, p. 105).

do direito, da economia e da política e sua influência no contrato de trabalho.

Os direitos fundamentais que influem nessa relação, na economia globalizada, acabam por, gradualmente, sofrer uma mudança de paradigma. Talvez ainda seja muito cedo para tratá-la como pronta e acabada, mas já é possível identificar algumas manifestações, principalmente após a Reforma Trabalhista (Lei nº 13.467/2017).

O recorte do presente artigo foi a valorização da negociação coletiva promovida pela referida reforma. E, contextualizando com o atual quadro sindical brasileiro, percebe-se que há, na verdade, um potencial de corrosão e dificuldade de acesso aos direitos fundamentais dos trabalhadores. Conclui-se nesse sentido porque há um déficit de representatividade no sindicalismo brasileiro, podendo-se apontar como causas o histórico corporativista que envolve o conflito entre capital e trabalho e os seus resquícios jurídicos que, mesmo após a promulgação da Constituição de 1988, ainda persistem.

Então, a soma entre a valorização da negociação coletiva e o contexto sindical brasileiro pode ser considerada uma manifestação do paradigma pós-social dos direitos fundamentais, o que será mais uma porta de entrada à prevalência do código econômico na sociedade. A desdiferenciação funcional como um risco é uma hipótese que já merece ser pensada, inclusive para muito além desta Reforma Trabalhista e para muito além do Brasil, se pensadas as mudanças em termos de legislação do trabalho em outros países.

Referências

ABRANTES, José João. Sobre a constituição e a crise do favor laboratoris em direito do trabalho. In: OTERO, Paulo; QUADROS, Fausto de; SOUSA, Marcelo Rebelo de (coords.). **Estudos de homenagem ao Professor Doutor Jorge Miranda**. vol. II. Coimbra: Coimbra, 2012.

_____. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra, 2005.

BATTAGLIA, Felice. **Filosofia do trabalho**. São Paulo: Saraiva, 1958.

BRASIL. **Exposição de Motivos nº 00036/2016 MTB**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=84D70DA0F9AE5F290F2A87E25922009F.proposicoesWebExterno2?codteor=1520055&filename=PL+6787/2016>. Acesso em: 08 jul. 2017.

BULGUERONI, Renata Orsi. **Negociação coletiva e fontes do direito do trabalho: propostas para a prevalência do negociado sobre o legislado nas relações de emprego**. 2015. Tese (Doutorado em Direito do Trabalho) - Faculdade de Direito, Universidade de São

Paulo, São Paulo, 2015. Disponível em:
<<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2138/tde-28112016-165416/>>. Acesso em: 2017-07-08.

CAUPERS, João. **Os direitos fundamentais dos trabalhadores e a constituição**. Lisboa: Almedina, 1985.

CORREIA, José Gladston Viana. **Sociologia dos direitos sociais: escassez, justiça e legitimidade**. São Paulo: Saraiva, 2014.

CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann**. México: Universidade Iberoamericana, 1996.

DRUCK, Graça. Trabalho, precarização e resistências: novos e velhos desafios? **Caderno CRH**, Salvador, v. 24, n. spe 01, p. 37-57, 2011. Disponível em:
<www.scielo.br/pdf/ccrh/v24nspe1/a04v24nspe1.pdf>. Acessado em: 09 jun. 2017.

FARIA, José Eduardo. **Sociologia jurídica: direito e conjuntura**. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. **O direito na economia globalizada**. São Paulo: Malheiros, 1999.

HARVEY, David. **O enigma do capital: e as crises do capitalismo**. São Paulo: Boitempo, 2011.

LUHMANN, Niklas. **Die Wirtschaft der Gesellschaft**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994.

_____. La economía de la sociedad como sistema autopoietico. Tradução de Hugo Cadenas. **Revista Mad**, [S.l.], n. 29, p. 1-25, ago. 2013. Disponível em:
<<http://www.revistamad.uchile.cl/index.php/RMAD/article/view/27342/29369>>. Acesso em: 29 jul. 2017.

_____. **La sociedad de la sociedad**. México: Herder, 2007.

_____. **Los derechos fundamentales como institución: aportación a la sociología política**. Cidade do México: Universidad Iberoamericana, 2010.

_____. **O direito da sociedade**. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016.

_____. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

_____. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. **Direito do trabalho e ideologia**. Lisboa: Almedina, 2001.

MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; e SEVERO, Valdete Souto. **Dumping social nas relações de trabalho**. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de direito sindical**. 6. ed. São Paulo: LTr,

2009.

NEVES, Marcelo. **Constituição e direito na modernidade periférica**: uma abordagem teórica e uma interpretação do caso brasileiro. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2018.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2010.

PINTO, Geraldo Augusto. **A organização do trabalho no século XX**: taylorismo, fordismo e toyotismo. 3. ed. São Paulo: Expressão Popular, 2013.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma. **Tratado do direito do trabalho**: parte 1: dogmática geral. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2015.

SAMUELSON, Paul A.; NORDHAUS, William D. **Economia**. 19. ed. Porto Alegre: AMGH, 2012.

SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Crise e desafios da constituição**. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.

STANDING, Guy. **O precariado**: a nova classe perigosa. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2014.

WHITEHEAD, Daniel Vaughan. The european social model in times of crisis: an overview. In: WHITEHEAD, Daniel Vaughan (editor). **The european social model in crisis**: is Europe losing its soul?. Cheltenham: Edward Elgar Pub, 2015, p. 1-65.

O PRINCÍPIO DA EFICIÊNCIA EM FACE DA IMPLANTAÇÃO DO SISTEMA ELETRÔNICO DE INFORMAÇÕES NA FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO

Maria Marclane Bezerra Vieira

Mestranda em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); especialista em Auditoria e Docência do Ensino Superior; docente no Instituto Federal de Brasília (IFB)

Raimunda Isabel da Costa Lima Neta

Tecnóloga em Gestão Pública pelo Instituto Federal de Brasília (IFB)

Resumo

O governo federal vem empregando esforços ao construir processos de governança digital para atender a crescente e notória demanda da sociedade por informações e dados, além da agilidade na prestação do serviço público. Dentre esses processos, está o Processo Eletrônico Nacional, que inova ao melhorar o desempenho dos processos na administração pública, e tem como uma de suas ações o Sistema Eletrônico de Informações. Assim, para que a prestação de serviço público seja eficiente, o governo federal determinou que os processos administrativos fossem realizados por meio eletrônico pelos órgãos e entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. O presente trabalho teve por objetivo verificar a eficiência na gestão dos processos em face do Sistema Eletrônico de Informações na Fundação Nacional do Índio, baseado em pesquisa bibliográfica e pesquisa documental, buscando os conceitos teóricos, métodos e documentos, que auxiliaram a pesquisa empírica ao observar o modelo de gestão de processos nessa instituição.

Palavras-chave: Governança Digital; Processo Eletrônico Nacional; Eficiência; Sistema Eletrônico de Informações.

THE PRINCIPLE OF EFFICIENCY IN LIGHT OF THE IMPLEMENTATION OF THE SISTEMA ELETRONICO NACIONAL IN THE FUNDAÇÃO NACIONAL DO ÍNDIO

ABSTRACT

The federal government has been making efforts to build digital governance processes to meet the growing and notorious demand of society for information and data, besides the agility in provision the public service. Among these processes is the Processo Eletrônico Nacional, which innovates by improving the performance of processes in public administration, and has as one of its actions the Sistema Eletrônico Nacional. Therefore, in order for the public service to be efficient, the federal government

¹ Artigo elaborado a partir do Trabalho de Conclusão de Curso de Raimunda Isabel da Costa Lima Neta, orientado pela Profa Maria Marclane Bezerra Vieira, no Curso de Tecnologia em Gestão Pública, no Instituto Federal de Brasília apresentado com aprovação máxima em dezembro/2018.

determined that the administrative processes were performed by electronic means by the organs and entities of the direct, autarchic and foundational federal administration. The present project aims to verify the efficiency in the management of the processes in the face of Sistema Eletrônico de Informações in Fundação Nacional do Índio based on bibliographical research and documentary research, searching for the theoretical concepts, methods and documents, that aid the empirical research when observing the document management in this institution

Keywords: Digital Governance. National Electronic Process. Efficiency. Electronic Information System.

Introdução

Com o advento da globalização e da evolução no campo da tecnologia da informação relativa aos modelos de gestão, as demandas sociais exigiram mudanças das práticas no modelo de gestão organizacional na administração pública, de modo que os gestores públicos, no enfrentamento desses vários desafios, impulsionam a administração pública a elaborar novos instrumentos de gestão que aumentem sua capacidade gerencial a fim de promover uma prestação de serviço público eficiente.

Nessa perspectiva, soluções tecnológicas são utilizadas na gestão pública para aperfeiçoar a geração de benefícios sociais, enfatizando os princípios norteadores da administração pública, dentre eles a eficácia, eficiência, efetividade e economicidade da ação governamental.

Para satisfazer os anseios dos cidadãos, o Governo Federal elaborou a Estratégia de Governança Digital (EGD), tendo como um dos propósitos a simplificação e agilidade na prestação de serviços públicos e da eficiência da gestão pública. (BRASIL, 2016b)

Um exemplo de instrumento de gestão criado pelo governo federal é o Sistema Eletrônico de Informações, que é um software livre, desenvolvido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, e cedido para os órgãos da Administração Pública Federal, que possibilita a realização de processo administrativo em meio eletrônico, promovendo a eficiência administrativa.

Esse sistema faz parte de uma iniciativa conjunta de órgãos e entidades de diversas esferas da administração pública, com o intuito de construir uma infraestrutura pública de processos e documentos administrativos eletrônicos, objetivando a melhoria no desempenho dos processos do setor público, com ganhos em agilidade,

produtividade, transparência, satisfação do usuário e redução de custos, denominada Processo Eletrônico Nacional (PEN). (BRASIL, 2018c)

Para garantir maior eficiência na gestão processual das demandas administrativas, o governo federal regulamentou o uso de meio eletrônico para a realização de processos administrativos no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional, com a publicação do Decreto nº 8.539, de 08 de outubro de 2015. (BRASIL, 2015b)

Assim, a fim de atender ao disposto no Decreto nº 8.539/2015, a Funai instituiu como sistema oficial de gestão documental, em 30 de dezembro de 2016, o Sistema Eletrônico de Informações. (BRASIL, 2016a)

Nessa perspectiva, buscou-se responder a seguinte questão: A implantação do Sistema Eletrônico de Informações assegura a eficiência na gestão dos processos na Fundação Nacional do Índio?

O presente artigo tem por objetivo geral verificar a eficiência na gestão dos processos em face do Sistema Eletrônico de Informações na Fundação do Índio, partindo da investigação do processo de implantação do Sistema Eletrônico de Informação na Fundação Nacional do Índio e da identificação das vantagens e desvantagens da utilização do Sistema Eletrônico de Informações na Fundação Nacional do Índio.

Isto posto, a realização deste estudo se justifica pelo fato de que é notória a crescente demanda por informações e dados, além da agilidade na prestação do serviço público, logo, a análise da eficiência da gestão de processos eletrônicos através do SEI é pertinente, em razão da modernização da gestão documental no setor público ainda não ter sido concluída.

1. Metodologia

Para a execução dessa pesquisa, com base no método de procedimento, foi realizado o método monográfico (ou estudo de caso), afim de delinear essa pesquisa, objetivando a compreensão do processo de implantação do SEI na Funai e sua relação com a eficiência na gestão de processos na referida organização.

Ademais, foi realizada uma pesquisa descritiva, retratando o tema aqui abordado e apresentando suas características, para analisar e relacionar as variáveis definidas,

com uma metodologia de caráter quantitativo, ou seja, o método de abordagem escolhido para a adoção dos procedimentos de coleta e análise de dados se deu pelo uso de técnicas de natureza quantitativa, a partir do uso de ferramentas estatísticas.

Esta pesquisa foi desenvolvida junto à sede da Funai, que vem promovendo ações para a implantação SEI em toda a sua estrutura organizacional, a fim de otimizar as rotinas e favorecer o trabalho colaborativo.

Empregou-se como instrumentos de coleta de dados: pesquisa bibliográfica; pesquisa documental; e aplicação de questionário com questões fechadas, ressaltando que alguns dados utilizados foram extraídos do SEI, Sistema Integrado de Administração Financeira – SIAFI, Sistema Integrado de Administração de Serviços – SIADS, revisão da literatura e legislação vigente e outros dados pertinentes fornecidos pelas Coordenação de Gestão Documental e Divulgação Institucional- COGEDI e Coordenação de Gestão em Tecnologia da Informação -CGTI.

Os dados coletados, através da utilização dos instrumentos de coleta já referenciados, foram tabulados para, em seguida, serem analisados utilizando estatística descritiva, referentes aos tipos de variáveis.

2. Análise e discussão dos resultados da pesquisa

O procedimento para executar a pesquisa documental foi buscar por documentos internos que possuíam uma fonte rica de dados relacionados à implantação do SEI na FUNAI, encontrados principalmente no próprio sistema (SEI-Funai), no próprio site institucional e em boletins internos.

O recurso utilizado para mensurar a satisfação dos usuários do SEI-Funai, foi a aplicação de um questionário fechado. Assim, foi realizada na sede da Funai, uma pesquisa de qualidade e satisfação do usuário do SEI nesse órgão, quanto ao uso e desempenho do sistema no âmbito de suas atividades, ou seja, os respondentes selecionados foram os servidores e colaboradores lotados na sede da instituição.

O questionário elaborado foi baseado na pesquisa de satisfação com o usuário do SEI-UnB, realizada em agosto de 2016, pela Universidade de Brasília. Outrossim, a construção do questionário foi baseada na ISO 9126 e na SUMI, a fim de verificar os benefícios oriundos do SEI, e se as necessidades dos usuários são atendidas de maneira adequada pelo software.

A elaboração do questionário para coleta de dados foi feita através da plataforma de formulário Google (*GoogleForms*) e foi divulgado através de mídias sociais (e-mails e grupos de *WhatsApp*) por um período de duas semanas, do dia 30 de agosto de 2018 a 13 de setembro de 2018, para que os servidores e colaboradores pudessem acessar e responder o questionário. Do total de 560 questionários enviados, 59 foram respondidos, perfazendo um percentual de 10,5%.

O emprego desse instrumento de pesquisa possibilitou ao usuário do SEI avaliar os itens mais apropriados que satisfizessem suas necessidades, no que tange às suas atividades, a partir de observações quanto ao uso e desempenho do sistema. Assim, o questionário foi dividido em 08 temas (Conteúdo do Sistema, Exatidão, Segurança, Facilidade de Uso, Velocidade do Sistema, Atratividade, Divulgação do Sistema e Satisfação Geral), que facilitou a contagem, a tabulação e a análise das respostas.

Após o processo de seleção, as informações foram codificadas e separadas em categorias, definidas *a priori*. custos e benefícios relativos à implantação do SEI na Funai.

Na categoria de custos foram selecionados os dados obtidos através de relatórios e outras informações extraídos pelo SIAFI e SIADS. Na categoria benefícios foram colocadas informações obtidas a partir das respostas do questionário aplicado.

Em seguida, os dados foram compilados, dispostos em planilhas eletrônicas, tabelas e gráficos, de forma que facilitasse a representação e verificação das relações entre as categorias propostas, e a utilização de técnicas estatísticas como a distribuição de frequência, a fim de possibilitar a análise dos resultados e comparação com os objetivos propostos nessa pesquisa.

3. Processo de implantação do sei na funai

A decisão de implantação do Sei na Funai foi uma decisão institucional, ocorrida em 2015, advinda da alta administração, alinhada ao planejamento estratégico desse órgão, em razão da descontinuidade do MJdoc, sistema de gestão documental utilizado à época na instituição, uma vez que esse sistema apresentava sua tecnologia ultrapassada, por ser uma aplicação em desktop, dependendo de muitos recursos de rede e da máquina do usuário para ter um desenvolvimento aceitável.

Assim, o Ministério da Justiça, responsável pelo desenvolvimento e gerenciamento do MJdoc, apontou a necessidade de inutilização desse sistema e adoção do SEI.

O objetivo da implantação do SEI no órgão consistiu em contribuir para uma atuação mais eficiente, na medida em que as rotinas de trabalho seriam otimizadas, por

meio da disponibilização de instrumentos de gestão de casos e das equipes, possibilitando a organização do conhecimento gerado.

Um grupo de trabalho foi instituído para coordenar as atividades necessárias à implantação do SEI, bem como medidas relacionadas à mudança de cultura e capacitação de servidores e colaboradores na Funai, conforme o disposto na Portaria nº 79/DAGES, de 30 de junho de 2015.

A formalização da cessão de uso do SEI para a realização de processo administrativo em meio eletrônico na Funai se deu por meio da assinatura do Acordo de Cooperação Técnica entre a Funai e o Ministério do Planejamento.

A implantação desse software na Funai, alinhada com o Planejamento Estratégico e Planejamento de TI, fez parte de um projeto da área de Tecnologia da Informação da entidade em 2016, realizado em etapas, e adotou ferramentas sistêmicas para a gestão e controle das atividades voltadas para o cumprimento dos objetivos meios e fins da Funai, tendo como resultado esperado a implantação em janeiro de 2017, na Funai sede (fase I do projeto), com a publicação da Portaria nº 981/PRES, de 30 de dezembro de 2016.

Os usuários do referido sistema foram capacitados, em 2016, por meio de cursos oferecidos pela ENAP, pelo Ministério da Justiça, pela própria Funai, por intermédio da Coordenação de Desenvolvimento de Pessoal (CODEP), com treinamentos realizados na própria Funai Sede, com a utilização do SEI-Usar aplicado *in loco*.

4. Vantagens e desvantagens da utilização do sistema eletrônico de informações na FUNAI

De posse dos dados selecionados, e para atingir o objetivo dessa seção, seguem as análises consoantes aos agrupamentos nas classes benefícios e custos, em conformidade ao que foi relatado no processo de coleta de dados, bem como os resultados demonstrados através de gráficos.

Inicialmente foram analisadas as variáveis pertencentes à categoria benefícios, a partir da compilação das respostas recebidas dos questionários, partindo da descrição da amostra estudada, e logo depois as considerações relativas às respostas, consoantes aos temas abordados.

Posteriormente, foram analisados os dados relativos aos custos, através de comparativos entre as despesas com material de consumo e serviços, nos exercícios de 2016, 2017 e 2018, com o propósito de verificar se houve redução de custos.

Por fim, além do exposto, deu-se a apresentação de outras vantagens e desvantagens observadas durante a realização da presente pesquisa.

5. Descrição da amostra estudada no levantamento de campo

Os dados demográficos sobre sexo, idade, tempo de serviço, nível de escolaridade, cargo e situação funcional, apresentados a seguir, são importantes para identificar o perfil dos respondentes, aperfeiçoando a pesquisa e contribuindo para sua análise.

5.1 Sexo

O gênero dos usuários do SEI que participaram da pesquisa foram 32 respondentes do sexo masculino e 27 respondentes do sexo feminino. Após o levantamento dos perfis dos respondentes em relação ao sexo, ficou demonstrado que houve uma participação proporcional quanto ao sexo.

5.2 Faixa Etária

Quanto à faixa etária dos respondentes, que foi dividida em seis intervalos, observou-se maior concentração de respostas na faixa de 31 a 40 anos, com 18 respondentes. Nas faixas de 41 a 50 anos e 51 a 60 anos houve um número semelhantes de respondentes (12 respostas). Vale ressaltar que há um número considerável de respondentes com mais de 61 anos, em torno de 15,3% dos respondentes encontram-se nessa faixa etária.

5.3 Nível de escolaridade

Para mensurar o nível de escolaridade dos respondentes, essa classe foi dividida em três segmentos: fundamental, médio e superior. Dos 59 respondentes, 48 possuem nível superior e 11 possuem nível médio de escolaridade. Não houve nenhum respondente com nível fundamental.

5.4 Tempo de Serviço

Com relação ao tempo de serviço, temos a maior concentração de respondentes com mais de três anos de serviço, com um percentual de 93,2%. Os demais percentuais foram de

5,1% para os que possuem menos de um ano de serviço, e de 1,7% para os que se encontram no intervalo de um a três anos de serviço.

5.5 Cargo

Em consonância com a divisão dos cargos em áreas estabelecidas no questionário, a que apresentou maior porcentagem foi a de servidores, com um percentual de 98,3%.

Apesar de todos os cargos terem sido considerados, uma vez que o SEI é utilizado em todas as áreas, o cargo de servidor apresentou maior percentual, que se justifica pelo fato da pesquisa ter sido realizada em uma instituição pública. Outrossim, em virtude do contrato 002/2015 referente à contratação de terceirizados para prestação de serviço de assistentes administrativos e recepcionistas, ter encerrado em 31/12/2016 e não ter sido renovado ou realizada uma nova contratação, não foi possível mensurar a quantidade de terceirizados que utilizam o sistema. Quanto aos estagiários não foi possível enviar o questionário em razão da impossibilidade de conseguir os dados pessoais para o envio do instrumento de pesquisa em questão.

5.6 Situação Funcional

O último dado demográfico coletado na pesquisa foi a situação funcional dos servidores, divididas em quatro situações funcionais (ativo permanente, requisitado, exercício descentralizado e sem vínculo). Assim, a maioria dos respondentes encontra-se na situação funcional de ativo permanente, perfazendo um total de 48 respondentes.

6. Análise das respostas recebidas no levantamento de campo

6.1 Conteúdo do Sistema

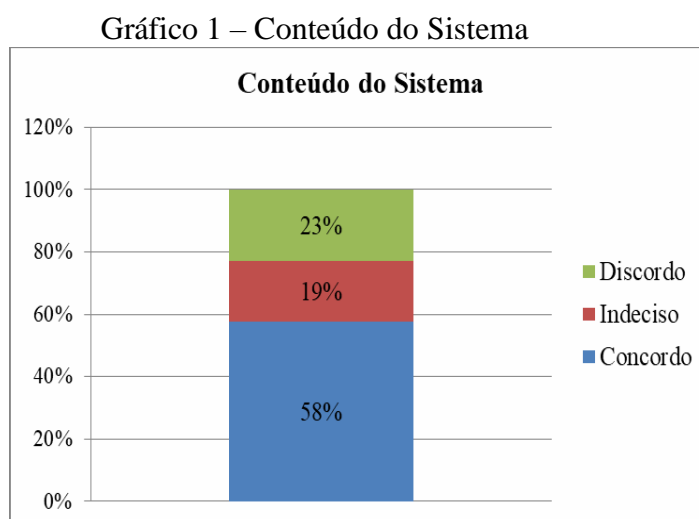
Nessa seção as questões 01 e 02 do questionário referem-se às características alusivas à funcionalidade do sistema, ou seja, a capacidade do software em satisfazer as necessidades do usuário do SEI.

A questão 01 avalia a adequação do SEI, isto é, se o SEI tem suas funções especificadas para atender a necessidade do usuário. Observou-se que percentual de

respondentes cujas necessidades são atendidas pelo sistema é elevado, em torno de 71%.

A questão 02 analisa a acurácia do software, ou seja, a capacidade do sistema gerar resultados esperados. O gráfico 8 demonstra que a maioria dos respondentes concordam que o sistema fornece as informações precisas.

O gráfico 1 retrata a compilação das respostas relacionadas ao conteúdo do sistema, primeiro termo abordado, e evidenciam que, apesar de um pouco mais da metade dos respondentes concordarem com o tema tratado, a Funai deve constantemente promover ações para capacitar os usuários do SEI, para que maximize os benefícios provindos do uso do SEI.



Fonte: elaborado pelo autor (2018)

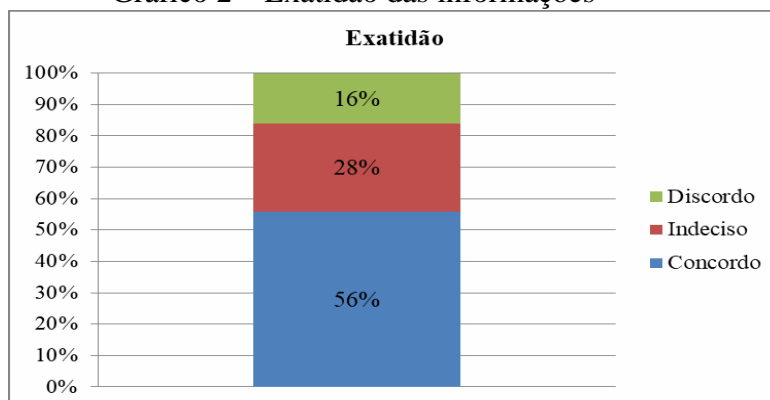
6.2 Exatidão

Quanto à exatidão, um fator que diz respeito à confiabilidade do sistema, foram elaboradas duas questões, a fim de verificar se os respondentes percebem avanços nas formas de pesquisa, segurança das informações e gerenciamento dos processos na Funai. As questões 3 e 4 do questionário são as incluídas nesse tema.

De acordo com o que foi apurado, 70% dos respondentes concordam que as informações disponibilizadas pelo sistema são confiáveis, e apenas 5% discordam da proposição.

Em relação à confiabilidade das informações disponibilizadas pelo SEI, 42% concordam que são confiáveis, 27% discordam da declaração e 31% acreditam que a proposição não tenha relevância para o desempenho de suas atividades.

Gráfico 2 – Exatidão das informações

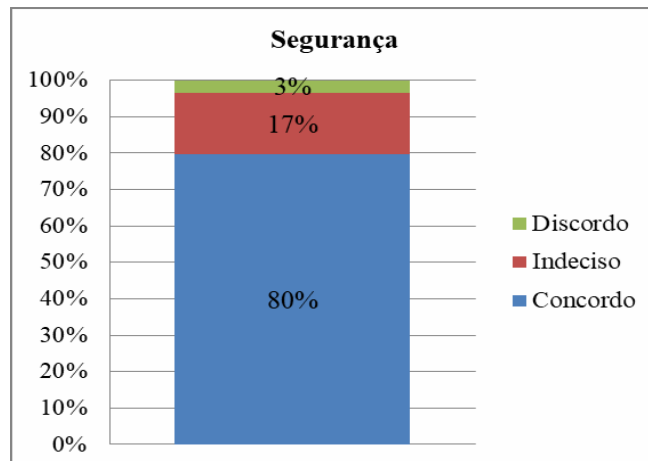


Fonte: elaborado pelo autor (2018)

6.3 Segurança

O gráfico 3, refere-se à percepção dos respondentes quanto à capacidade de proteção das informações e dados pelo software. A maioria concorda que o sistema é seguro, correspondendo a 80% dos respondentes, apenas 3% discordam da declaração.

Gráfico 3 – Segurança do Sistema

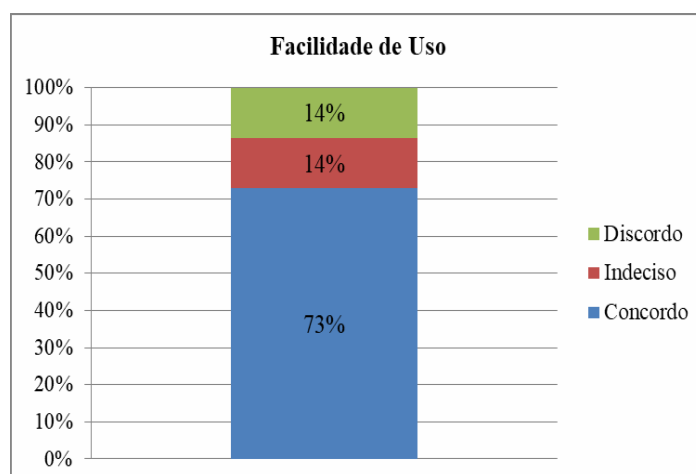


Fonte: elaborado pelo autor (2018)

6.4 Facilidade de Uso

As questões 06 e 07 do questionário versam sobre a facilidade de uso do SEI. Quanto à questão 06, 75% dos respondentes concordam que os menus e ícones facilitam do sistema facilitam seu uso e apenas 13% discordam da assertiva. Da mesma forma, quanto ao sistema ser intuitivo, questão 07, as respostas obtidas aponta que 71% dos respondentes concordam que os nomes e ícones utilizados nos sistema são significativos e fáceis de serem entendidos e 14% discordam da proposição.

Gráfico 4 – Facilidade de uso do SEI-Funai



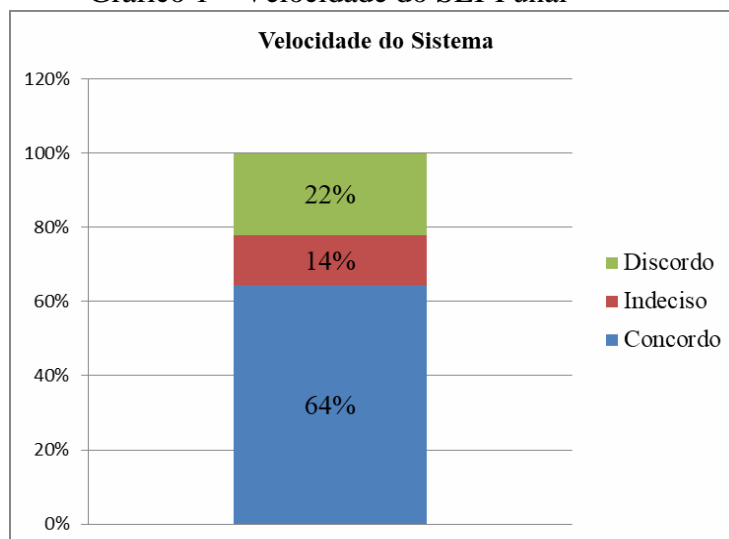
Fonte: elaborado pelo autor (2018)

De uma forma geral, no que concerne à facilidade de uso, foi possível constatar que a maioria concorda que o SEI apresenta facilidades para a realização de atividades nesse sistema (Gráfico 4).

6.5 Velocidade do Sistema

O quinto tema proposto no questionário, velocidade do sistema, avalia o tempo de resposta para a realização das tarefas solicitadas ao software. Vale frisar que a velocidade do sistema é uma das características demonstra se o sistema está sendo eficiente quanto aos parâmetros estabelecidos pela ISO 9126. Deste modo, 64% dos respondentes concordam que a velocidade do sistema é satisfatória, e 22% discordam da declaração (Gráfico 5).

Gráfico 1 – Velocidade do SEI-Funai



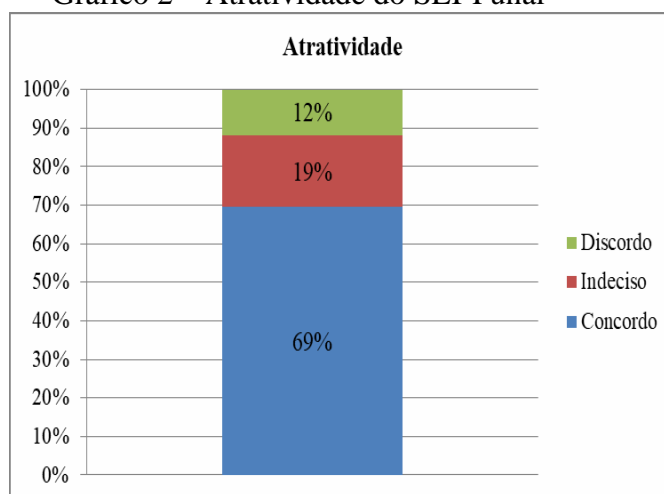
Fonte: elaborado pelo autor (2018)

6.6 Atratividade

Quanto à atratividade, duas questões foram propostas para constatar a atração dos usuários do SEI pelo sistema, isto é, se o sistema apresenta características atrativas para estimular a sua utilização por seus usuários.

Nesse contexto, 66% dos respondentes concordam que o aspecto visual do sistema apresenta características atrativas, e 19% discordam da afirmação. Do mesmo modo que, 73% se sentem estimulados a utilizar o sistema, enquanto apenas 5% não se sentem estimulados.

Gráfico 2 – Atratividade do SEI-Funai

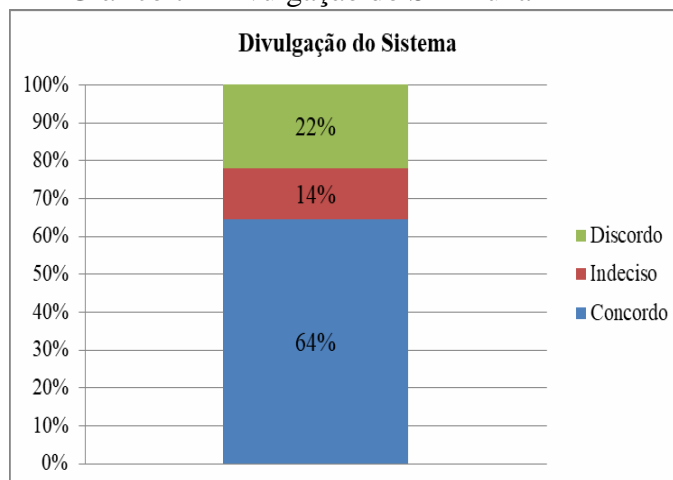


Fonte: elaborado pelo autor (2018)

6.7 Divulgação do Sistema

Na questão proposta nesse tema, os usuários foram questionados quanto à ampla divulgação do SEI na Funai. Do total de respondentes, 64% concordam que a divulgação no início da utilização do sistema foi suficiente, enquanto 22% discordam da afirmação, de acordo com o gráfico 7.

Gráfico 7– Divulgação do SEI-Funai

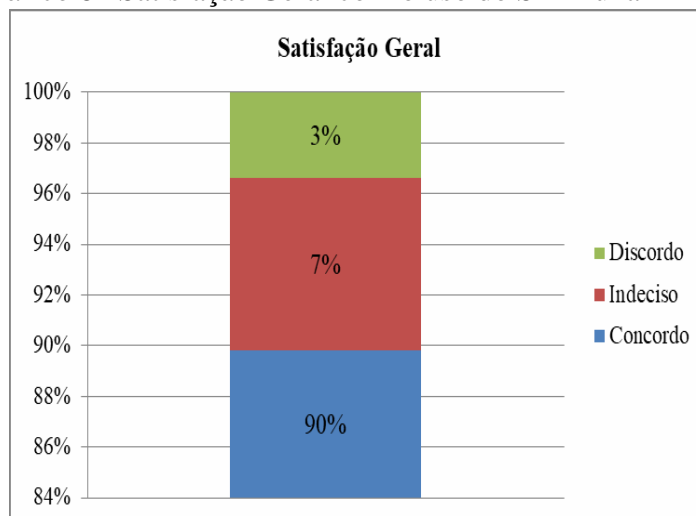


Fonte: elaborado pelo autor (2018)

6.8 Satisfação Geral

O ultima tema proposto no questionário pretendeu verificar se o SEI satisfaz os requisitos e melhora o desempenho das atividades diárias de seus usuários. Os resultados das duas questões apresentadas foram os mais expressivos, assim como evidenciado no gráfico 8, onde 90% dos respondentes se sentem satisfeitos com o uso do SEI na Funai, da mesma forma que a mesma porcentagem de respondentes acredita que o sistema contribuiu para melhorar suas atividades administrativas ou finalísticas.

Gráfico 8– Satisfação Geral com o uso do SEI-Funai

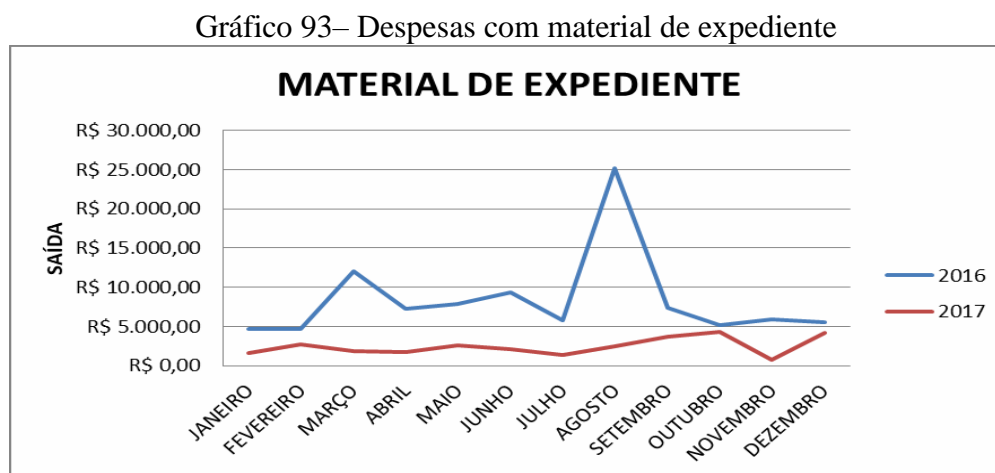


Fonte: elaborado pelo autor (2018)

7. Análise dos dados colhidos relativos a custos

Para realizar a análise dos dados coletados a fim de mensurar os custos relacionados diretamente à implantação do SEI na Funai, foram realizadas análises comparativas, levando em consideração os gastos com papel e outros insumos no ano de 2016, antes da implantação do sistema, e nos anos de 2017 e 2018, após a obrigatoriedade de tramitação eletrônica. Vale frisar que, em 2018, o levantamento foi realizado até o mês de setembro do corrente ano.

Os gastos com material de expediente no exercício de 2016 totalizaram um montante de R\$ 100.679,84, ao passo que, em 2017, foi realizada uma despesa de R\$ 29.313,41 com esse material de consumo, sendo possível constatar uma economia de aproximadamente 71%, após análise dos relatórios de movimentação de almoxarifado extraídos do SIADS. Conforme demonstrado no gráfico 9, é perceptível a economia após a implantação do SEI na Funai, onde observa-se uma redução na demanda mensal por material de expediente no ano de 2017 em comparação ao ano de 2016, principalmente se considerado o terceiro trimestre de cada ano.



Fonte: SIADS, 2018

A tabela 1 demonstra o montante de despesas com insumos ligados diretamente na autuação de processos em meio físico, como carimbos e papel. Observa-se uma economia considerável com esses materiais, ressaltando que a despesa realizada no exercício de 2017 se justifica pelo fato da implantação do SEI ter sido realizada em poucas Coordenações Regionais da Funai, e quando comparada ao ano de 2018, é notória a redução dos custos.

Tabela 1– Despesas anuais com carimbo e papel, valores em R\$

Insumo	2016	2017	2018
Carimbo	5.343,24	641,86	0
Papel	37.001,74	7.691,46	27,84

Fonte: SIAFI, 2018

Ainda analisando especificamente o consumo de papel, A tabela 2 demonstra a diminuição significativa da demanda de papel, uma redução de 99%, evidenciando que a mudança de paradigmas na tramitação de processos indica a eliminação do papel como suporte físico para documentos nas organizações públicas.

Tabela 2 - Demanda de papel

Insumo	2016	2017	2018
Papel (resmas)	3995	829	3

Fonte: SIADS, 2018

Além da economia financeira, a redução no consumo de papel evidencia vantagens ambientais, como a preservação da vegetação, redução do gasto com energia elétrica, diminuição da emissão de gases de efeito estufa (CO₂), e outros ganhos ambientais, conforme constatado no quadro 2.

Quadro 1– Impactos da economia de papel nos 06 primeiros meses após a implantação do SEI na Funai

Papel	Árvores	Gases de efeito estufa	Energia Elétrica	Recursos Públicos
349.000 folhas de papel	17 árvores salvas	Redução de emissão de 6.153,69 kl de gases de efeito estufa (CO ₂)	Economia equivalente a 72.021h de uma lâmpada comum acesa	R\$ 53.053,90 economizados apenas com impressão e compra de papel

Fonte: GT-SEI-Funai (2018)

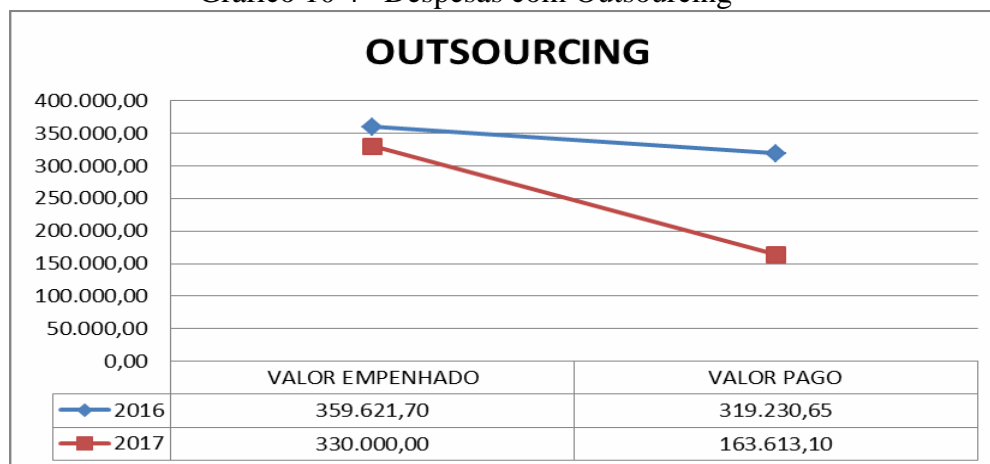
Os gastos com serviços de impressão (outsourcing), de serviços postais, serviços de assistentes administrativos I, II e III e recepcionistas nos exercícios de 2016 a 2018 foram substancialmente reduzidos.

O contrato referente à prestação de serviço de assistentes administrativos I, II e III e recepcionistas foi encerrado em 31 de dezembro de 2016, não sendo realizada nova contratação para tal finalidade, e apresentou uma economia anual de R\$ 8.219.820,25 para os cofres públicos, segundo valor empenhado no exercício de 2016. A não renovação do

contrato se justifica porque não há necessidade de terceirização para a realização das atividades de entrega de documentos entre os setores e atuação manual de processos, e outras atividades em etapas preparatórias dos processos.

O gráfico 10 apresenta as despesas com prestação de serviço de impressão (outsourcing), e aponta uma redução de 49%, no montante de R\$ 155.617,55, após comparar os valores pagos nos anos 2016 e 2017. Não foram mensurados os custos em 2018 porque o contrato encerrou em 13 de novembro de 2017, e não foi realizada nova contratação.

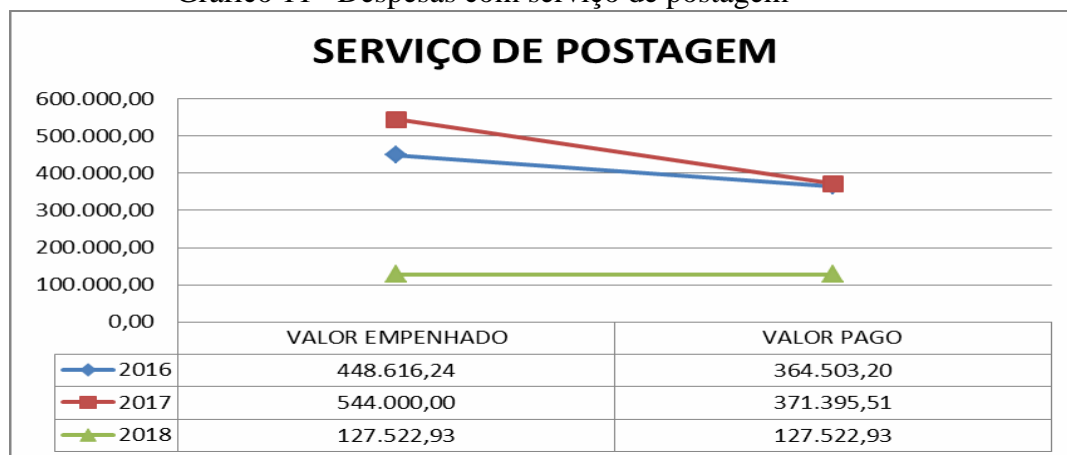
Gráfico 10 4– Despesas com Outsourcing



Fonte: SIAFI, 2018

Quanto às despesas com serviços postais, observou-se uma economia de 66%, no valor de R\$ 243.872,58, a partir da análise comparativa entre os valores pagos no exercício de 2016 e 2018, apresentados no gráfico 11, ressaltando que houve um aumento do valor pago em 2017, em razão da adaptação do novo modelo de tramitação proposto e pela necessidade de enviar e receber documentos entre as demais unidades espalhadas pelo país e que ainda não tinham aderido ao SEI.

Gráfico 11– Despesas com serviço de postagem



Fonte: SIAFI, 2018

Para atender a demanda relativa à contratação de solução para a digitalização de documentos e processos para inserção no SEI-Funai, foram adquiridos 45 scanners para atender as necessidades da sede da Funai, e em seguida, alguns desses bens foram transferidos para as coordenações regionais com o mesmo objetivo. O investimento com a referida aquisição foi no montante de R\$ 360.000,00.

Por fim, o quadro 2 elenca as vantagens e desvantagens observadas após a implantação do SEI na Funai.

Quadro 2– Vantagens e desvantagens do SEI-Funai

VANTAGENS	DESVANTAGENS
Agilidade	Única forma de acesso (via web)
Redução de Custos	Ineficiência da ferramenta de pesquisa
Satisfação dos Usuários	Necessidade de conhecimento prévio de informática
Transparência	
Segurança	
Acesso remoto	

Fonte: elaborado pelo autor (2018)

Considerações finais

O uso de recursos tecnológicos na gestão de processos permite o aperfeiçoamento das ações governamentais destinadas aos povos indígenas. Os recursos economizados com a utilização do SEI na Funai, conforme análise anterior, podem ser alocados nas atividades finalísticas, beneficiando diretamente as comunidades indígenas.

Ademais, o uso da plataforma digital para tramitação de documentos e processos garante celeridade e permite o acompanhamento das ações, promovendo transparência na comunicação interna do órgão indigenista e com outras instituições, a fim de levar atendimento qualificado aos usuários dos serviços.

As melhorias nas rotinas de trabalhos possibilitam a agilidade nas tomadas de decisão e mais eficiência na execução de suas atividades, de forma que o serviço prestado esteja concatenado à missão e aos valores da instituição.

A elaboração da presente pesquisa possibilitou a análise de como o uso da tecnologia da informação e comunicação na gestão de processos pode tornar a prestação de serviço público na Funai mais eficiente. Ademais, também propiciou a realização de uma pesquisa de campo para mensurar a satisfação dos usuários do SEI-Funai e a redução de custos após a gestão de documentos e processos por meio eletrônico.

Verifica-se que a utilização de recursos tecnológicos, como o SEI, contribui para a eficiência administrativa, posto que as mudanças de paradigmas na gestão de processos apontam uma evolução positiva, ao passo que apresentam celeridade na tramitação de documentos, agilidade nas tarefas, redução de custos financeiros e ambientais e satisfação dos usuários.

Sugere-se que sejam implementadas ações de capacitação contínua dos usuários do SEI-Funai, além da padronização dos documentos e otimização das ferramentas de pesquisa, de forma que seja garantida a eficácia, eficiência e efetividade das ações envolvidas nas políticas públicas indigenistas.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. NBR ISO/IEC 9126-1
Engenharia de software - Qualidade de produto - Parte 1: Modelo de qualidade.
2003.

BRASIL. **Decreto nº 8414, de 26 de fevereiro de 2015a.** Institui o Programa Bem Mais Simples Brasil e cria o Conselho Deliberativo e o Comitê Gestor do Programa. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/Decreto/D8414.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. **Decreto nº 8539, de 08 de outubro de 2015b.** Dispõe sobre o uso do meio eletrônico para a realização do processo administrativo no âmbito dos órgãos e das entidades da administração pública federal direta, autárquica e fundacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8539.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. Ministério da Educação. Universidade de Brasília. **Pesquisa de Satisfação com o Usuário SEI-UnB.** Disponível em: <http://www.unbdigital.unb.br/index.php?option=com_content&view=article&id=500&catid=2&Itemid=162>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. **Decreto nº 9010, de 23 de março de 2017a.** Aprova o Estatuto e o Quadro Demonstrativo dos Cargos em Comissão e das Funções de Confiança da Fundação Nacional do Índio - FUNAI, remaneja cargos em comissão, substitui cargos em comissão do Grupo Direção e Assessoramento Superiores - DAS por Funções Comissionadas do Poder Executivo - FCPE e revoga o Decreto nº 7.778, de 27 de julho de 2012. . Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9010.htm>. Acesso em: 02 abr. 2018.

_____. **Lei nº 8987, de 13 de fevereiro de 1995a.** Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18987compilada.htm>. Acesso em: 16 mar. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. **Portaria Nº 308/PRES, de 19 de maio de 2017b.** Plano Diretor de Tecnologia da Informação e Comunicação – PDTIC 2017-2019. Boletim de Serviço da FUNAI, Brasília, 23 de maio de 2017, número 5, p. 1. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Boletim%20de%20Servicos/20>>

17/Boletim%20n%2005%20de%2023.05.2017.pdf>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. **Portaria N° 666/PRES, de 17 de julho de 2017c.** Regimento Interno da Fundação Nacional do Índio – Funai. Diário Oficial da União. Brasília, 19 de julho de 2017. Seção 1, p. 31.

_____. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. **Portaria N° 981/PRES, de 30 de dezembro de 2016a.** Implantar o processo eletrônico no âmbito da Fundação Nacional do Índio, por meio do Sistema Eletrônico de Informações –SEI, e instituir o Comitê Gestor do SEI. Boletim de Serviço da FUNAI, Brasília, 02 de janeiro de 2017, número 12, p. 1. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/cogedi/pdf/Boletim%20de%20Servicos/2017/Boletim%20n%2012%20de%2002.01.2017.pdf>>. Acesso em: 02 mai. 2018.

_____. Ministério da Justiça. Fundação Nacional do Índio. **Resolução CGE n° 2, de 20 de dezembro de 2017d.** - Planejamento Estratégico da Funai para o período de 2018 a 2019. Disponível em:<http://www.funai.gov.br/arquivos/conteudo/CGE_CPMA/Resolucao_CGE_02_2017.pdf>. Acesso em 02 abr. 2018.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão.
Estratégia de Governança Digital: Transformação Digital – cidadania e governo. Brasília: MP, 2018b.

_____. Ministério do Planejamento, Desenvolvimento e Gestão. **PENSEI.** Disponível em:<<http://www.planejamento.gov.br/pensei>>. Acesso em: 02 mai. 2018b.

_____. Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão. Secretaria de Tecnologia da Informação. **Estratégia de Governança Digital da Administração Pública Federal 2016-19.** Brasília: MP, 2016b.

GIL, A. C. **Métodos e técnicas de pesquisa social.** 6ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

KÖCHE, J.C. **Fundamentos de metodologia científica:** teoria da ciência e iniciação à pesquisa. Petrópolis: Vozes, 2015.

MARCONI, M.A; LAKATOS, E.M. **Fundamentos de metodologia científica.** 7ª ed. São Paulo: Atlas, 2010.

PAIM, R. *et. al.* **Gestão de processos: pensar, agir e aprender.** Porto Alegre: Bookman, 2009.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. D. **Metodologia do trabalho científico: Métodos e Técnicas da Pesquisa e do Trabalho Acadêmico.** 2ª. ed. Novo Hamburgo: Universiade Freevale, 2013.

TIGRE, P. B. **Gestão da Inovação: a economia da tecnologia no Brasil.** 1. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2014.

YIN, R.K. **Estudo de caso: planejamento e métodos.** 4.ed. Porto Alegre: Bookman, 2010.

ESCASSEZ HÍDRICA MUNDIAL E A NATUREZA JURÍDICA DA ALOCAÇÃO DOS
RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL
GLOBAL WATER SCARCITY AND THE RIGHTS CATEGORIES FOR WATER MANAGEMENT
IN BRAZIL

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).

Diogo Palau Flores dos Santos

Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade Autônoma de Direito (FADISP), mestrado em Direito Constitucional pelo Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Foi professor Substituto da Universidade de Brasília (UnB), Departamento de Direito Público da Faculdade de Direito; advogado da União; professor da Escola Superior da AGU; professor dos cursos de graduação e pós-graduação em Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB).

Resumo

Diante da escassez hídrica mundial, brasileira e do distrito federal, na classificação dos bens no novo código civil, como pode ser caracterizada a água, os recursos hídricos e a sua outorga? É a água um bem móvel ou imóvel, fungível ou infungível, acessório ou principal, consumível ou inconsumível? A autorização que o Poder Público concede para o usufruto (outorga) da água, por outro lado, como pode ser classificada? O presente artigo visa melhor caracterizar a água e a sua outorga como objeto de relação jurídica entre o Poder Público e o particular à luz da legislação hídrica analisada com base nas categorias estabelecidas no Código Civil. Com tal análise buscase a melhor compreensão da natureza privada da água no contexto da esfera pública estabelecida pela Constituição Federal e pela Lei da Política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97), buscando garantir que um bem publico possa ser privatamente alocado de forma sustentável.

Palavras-chave: Classificação dos recursos hídricos, outorga do uso de água, Política Nacional de Recursos Hídricos, Código Civil.

Abstract

In face of the Global, Brazilian and Federal District water scarcity, under the new Brazilian Civil Code, how are water, its resources and its grants classified? Is water a mobile, fungible, accessory or consumable good? This article aims to analyze water and its grants for use as subject to a right relationship between the public power and private enterprise, while taking into consideration water resource legislation, the analysis is based on the categories established by the Civil Code. The article aims to accomplish,

through this analysis, a better comprehension of the private nature of water in the context of the public sphere, established by the National Water Resources Policy Statute (Federal Statute 9.433/97) in order to guarantee a sustainable use of water.

Keywords: Water Law, Water Allocation Permits, Brazilian National Water Resources Policy, Brazilian Civil Code

Introdução

139

A água tem estado no centro das atenções mundiais, dando origem a diversas discussões sobre seus usos, forma de alocação e sustentabilidade. A gestão da água utiliza-se de categorias jurídicas específicas que podem ser analisadas à luz da classificação dos bens no código civil vigente. O caminho da alocação da água utilizada pelas sociedades no meio urbano pode ser resumidamente descrito como: mover a água de onde se encontra disponível para onde seu uso se faz necessário e, removê-la após a utilização, retornando-a ao ambiente de forma sustentável. (Miranda e Teixeira, 2004).

Para Tonello (2005), a água é um recurso com propriedades sociais *sui generis*, não somente pela sua amplitude de utilização, mas também por ser um excelente indicador ambiental da qualidade da manipulação do solo pelo homem. Segundo esse autor as águas dos cursos que drenam uma região apresentam características físico-químicas próprias, que refletem as atividades de uso da terra na respectiva bacia hidrográfica.

No âmbito da classificação dos objetos da relação jurídica, utilizando como paradigma a esfera privada do Código Civil, como podemos caracterizar a água e a sua outorga? Como este bem ecológico e econômico e o seu direito de usar e fruir pode ser caracterizado juridicamente no Novo Código Civil? É móvel, fungível, acessório, consumível?

As bacias hidrográficas devem ser vistas nesse contexto como unidades naturais para informações hidrológicas, podendo, também, ser usadas como unidades naturais de manejo da terra alocada a uma determinada quantidade de água. Na gestão de bacias preconizada pelo modelo jurídico da alocação da água, pode ser observada a

dependência de todos os componentes do crescimento e desenvolvimento da sociedade.

Deste modo, fixar a noção exata dos recursos hídricos, como objeto de relações jurídicas, assume especial importância, porque a rigor é fundamental em qualquer ciência. Destaca, principalmente, a relação entre o Direito Privado e os Novos Direitos.

48

140

Atualmente a atenção que tem sido dada ao tema água não está restrita a apenas uma área específica. Esse recurso natural tem sido objeto de debates internacionais sobre usos, conflitos e gestão das águas há pelo menos 35 anos quando a Organização das Nações Unidas assumiu a coordenação dessas discussões (Assunção e Bursztyn, 2002, p. 2-10). Recentemente, o debate foi desenvolvido aqui no Brasil por meio de contribuições concretas para o enfrentamento da grave crise hídrica enfrentada pelo DF nos anos de 2017/2018 à luz do Fórum Mundial da Água ocorrido no Distrito Federal em março de 2018.

A necessidade de proteção das águas e de regras para sua alocação de forma adequada foi estabelecida pela Política Nacional de recursos Hídricos (Lei 9433/1997) e implementada por meio do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGERH). Assim, existem vários de titulares de interesses à gestão da utilização dos recursos hídricos, que muitas vezes apresenta-se conflituosa. Além do Poder Público, notadamente a União e os Estados, titulares do domínio hídrico, há os atores privados, usuários da água que podem usar e fruir deste bem por meio da outorga de recursos hídricos.

Por isso, dentre os problemas ambientais enfrentados hoje, a crise da água talvez seja a mais grave, já que a situação de sua escassez em termos de quantidade e qualidade afeta, em maior ou menor grau, todos os países do mundo, inclusive o Brasil

⁴⁸ Norberto Bobbio (1992) aborda a questão dos novos direitos na obra “A era dos direitos” elencando entre eles a geração dos direitos transindividuais, compreendendo os coletivos e difusos, abarcando a proteção do consumidor, meio ambiente e outros valores considerados importantes para a vida contemporânea.

e Brasília (CHRISTOFIDIS, 2002, p.46-55). A distribuição irregular (espacial e temporal) da água no planeta e a sua crescente deterioração, aliadas ao pouco conhecimento a sustentabilidade desse recurso e à falta de alternativas para a moradia e abastecimento geram situações complexas que acabam por envolver não só as populações que estão diretamente imersas nesses contextos como também o restante da sociedade.

O Distrito Federal (DF) se encontra inserido em um planalto que, apesar de ser uma área rica em nascentes, possui cursos de água pouco extensos e com vazões modestas, o que leva a limitações na quantidade de água disponível para o abastecimento (CDRH, 2005). De acordo com dados publicados pelo Caderno Distrital de Recursos Hídricos (CDRH, 2005), a Secretaria de Recursos Hídricos do Distrito Federal afirma que a disponibilidade hídrica do DF já se encontra abaixo do ideal. Somando-se a isso, o clima e a composição da rede hidrográfica local agravam ainda mais a problemática dos recursos hídricos no DF como foi demonstrado na crise hídrica ocorrida em 2016/2018.

A água doce, objeto da nossa análise, possui ambientes variados que vão de simples poças até lagos, de pequenos riachos a rios que se estendem por milhares de quilômetros. A visão de bacia hidrográfica, território do qual pode fluir água para esse rio, oferece uma grande variedade de ecossistemas que sustentam ampla gama de fauna e flora. Exemplificando, nos rios, o tipo e a variedade de vida são condicionadas pela profundidade e velocidade de suas águas. Assim diminuir a vazão dos rios pode significar a morte de todos os seres a ele conectados.

O art. 21 da Constituição Federal prevê, em seu inciso XIX, entre as competências da União, “instituir sistema nacional de gerenciamento de recursos hídricos e definir *critérios de outorga de direitos de seu uso*”. A outorga é uma autorização que o Poder Público concede, sobre condições e prazos determinados, para que alguém explore economicamente atividade relacionada à água. De acordo com o art. 11 da Lei 9433/1997, o regime de outorga de direitos de uso de recursos hídricos tem como objetivos assegurar o controle quantitativo e qualitativo dos usos da água e o efetivo exercício dos direitos de acesso à água, tal qual a derivação ou captação de

parcela da água existente em um corpo de água ou aquífero subterrâneo para consumo final, inclusive abastecimento público ou insumo de processo produtivo.

Neste contexto, deve-se destacar a necessidade de uma melhor caracterização jurídica da outorga que disciplina a alocação dos recursos hídricos. O cotejo da legislação hídrica com a classificação dos bens no Novo Código Civil pode ajudar tremendamente neste objetivo. De acordo, com o antigo Código de Águas, revogado tacitamente pela nova legislação hídrica que regulamentou o novo plano de gestão de águas no Brasil, as águas se classificavam em:

- públicas, que podiam ser de uso comum ou dominicais;
- comuns;
- particulares;
- comuns de todos;

Assim, o referido Código indicava na própria legislação as características dos recursos hídricos existentes no país, indicando no art.3º que: “São públicas de uso comum, em toda sua extensão, as águas dos lagos, bem como dos cursos de águas naturais que, em algum trecho, sejam flutuáveis ou navegáveis por um tipo qualquer de embarcação”.

Ademais, acrescentava de forma casuística no art. 5º, que todas as águas situadas no polígono das secas, são consideradas públicas de uso comum.

Naquela ocasião, conviviam com as águas públicas, as águas particulares que eram as nascentes e todas as águas situadas em terrenos de propriedade particular. Havia claramente uma diferenciação entre a dominialidade pública e a dominialidade privada da água. A derivação de águas dos rios só necessitava de autorização administrativa se o rio fosse de águas públicas. Assim surgia a necessidade de classificar as águas em federais, estaduais e municipais para se ter a noção de qual ente federativo daria autorização para a retirada de água do corpo d'água.

Assim, os capítulos 1 a 4 do Título I do Código de águas de 1934 cuidava das águas públicas, das águas comuns e das águas particulares, bem como do álveo e das margens (artigos primeiro ao quinze) e o capítulo único do Título II cuidou da partilha da propriedade das águas públicas entre a União, os Estados e os Municípios (art. 29 a 31).

Na ocasião, o Professor Alfredo Valladão (1931, p. 67) explicava que: “O uso da derivação entra na categoria dos direitos reais pelo que se pode dizer, inalienável só no sentido de que não se pode transferir de um prédio ou do contrário, alienando-se o prédio irrigado ou o engenho movido pela água pública ao novo proprietário do prédio ou do engenho passa, também, o direito de uso sobre a água”. Nesse aspecto, o Código de Água dispunha que:

- Art. 49. As águas destinadas a um fim não poderão ser aplicadas a outro diverso, sem nova concessão;
- Art. 50. O uso da derivação é real: alienando-se o prédio ou o engenho a que ela serve, passa o mesmo ao novo proprietário.

Já naquela oportunidade verificava-se a congruência entre o regime das águas e o Código Civil vigente que indicava no art. 677 que os direitos reais passam com o imóvel para o domínio do adquirente.

Assim, os recursos hídricos precisam ser caracterizados como coisas ou bens para o Direito na sua nova configuração jurídica, para que o operador saiba, efetivamente, aplicar corretamente as normas pertinentes a este diamante do século XXI.

A relação jurídica é uma vinculação entre duas ou mais pessoas, cujo objeto pode ser uma coisa sobre a qual o titular pode praticar certos atos, devendo os terceiros abster-se de qualquer ingerência (direitos reais), ou ainda uma ação ou prestação do sujeito passivo da relação jurídica (direitos obrigacionais) e, finalmente, os que recaem sobre a própria pessoa do titular e que chamamos direitos de personalidade.

Ao estudar a relação jurídica, devemos examinar, em primeiro lugar, os seus sujeitos - pessoas físicas ou jurídicas, para, em seguida, classificar os objetos sobre os

quais recaem os direitos e, desse modo, poder-se-ão analisar os atos e fatos que criam, modificam ou extinguem direitos tais quais os fatos e atos jurídicos previstos na Lei 9.433/97 pertinentes à gestão do uso da água.

O objeto da relação jurídica é um bem, em sentido amplo. É tudo o que satisfaz uma necessidade humana. O bem jurídico seria, assim, todo interesse protegido pela lei, seja material, como a água, ou imaterial, como a outorga de uso da água.

Bem⁴⁹, portanto, é o objeto da relação jurídica, sendo bens em si a água e o seu direito de outorga.

Em sentido amplo, o conjunto de bens, de qualquer ordem, pertencentes a um titular, constitui o seu patrimônio. Para Beviláqua (1980, p. 167): “o conjunto das relações jurídicas suscetíveis de avaliação pecuniária”.

O Novo Código Civil brasileiro (Lei 10. 406/2002), paradigma da análise dos objetos em uma Teoria Geral do Direito, apresenta diferentes classificações dos bens, utilizando-se de diferentes fatores de discriminação, o Código de águas (Decreto-lei 24.643, de 10/07/1934) e a Lei 9.433/97, também.

Assim, faremos um paralelo entre as classificações legais dadas pelo Código Civil com a legislação hídrica, visando:

- facilitar a compreensão dos diferentes aspectos da água como objeto das relações jurídicas;
- agrupar as várias espécies do gênero para aproximar as que apresentam um elemento comum e afastar as que não apresentam elemento comum;

49 Os termos “coisa” e “bem” eram usados no Código de 1916, de forma aparentemente indiferente, para designar o objeto do direito. O que ensejou discussões doutrinárias sobre a diferença desses dois termos. O Novo Código Civil, entretanto, buscando evitar esta discussão, utilizou-se sempre do termo “bem” na Parte Geral como todo e qualquer valor corpóreo ou incorpóreo, que pode ser objeto de uma relação de direito.

- permitir uma análise sistemática da água no ordenamento brasileiro, comparando a sua esfera privada com a pública, para decompô-la na sua essência valorativa;
- verificar a correlação entre a outorga (esfera pública) e a alocação da água aos particulares (esfera privada ou pública-híbrida);
- analisar pontos de conflito entre a esfera privada (Código Civil, Código de Águas) e a esfera pública (Constituição Federal e Lei 9.433/97), buscando oferecer perspectivas de solução.

1. A água e a outorga de direitos de uso são um bem móvel ou imóvel?

Fundada na efetiva natureza dos bens, a classificação da *mobilidade de um bem* é das mais importantes. Os seus principais efeitos práticos são: os bens móveis que são adquiridos por simples tradição, enquanto os imóveis dependem da escritura pública e registro no Cartório de Registro de Imóveis; estes exigem, também, para serem alienados, a outorga uxória, o que não acontece com os móveis; usucapião de bens imóveis exige prazos maiores do que os de bens móveis; hipoteca, em regra, é direito real de garantia reservado aos imóveis, enquanto o penhor é reservado aos móveis; só os imóveis são sujeitos à enfiteuse, enquanto os móveis prestam-se ao contrato de mútuo; enquanto os imóveis estão sujeitos, em caso de alienação, ao imposto de transmissão (ITIV e ITCD), a venda de móveis é geradora do imposto de circulação de mercadorias e serviços (ICMS). Além disso, observa-se que só os bens móveis podem ser objeto de furto e de roubo (“coisa alheia móvel”).

Beviláqua (1980, p. 174), partindo de uma abordagem fundada na própria natureza, considera bens imóveis as coisas que não podem ser removidas de um lugar para o outro sem destruição. Esse conceito não abrange, porém, os imóveis por determinação legal.

Essa concepção não abarca, em toda abrangência, outros bens voltados à imobilidade, sob o aspecto jurídico. O Novo Código Civil pátrio (arts. 79 e 81) descreve

os bens imóveis, que podem ser, doutrinariamente, classificados como: imóveis por natureza, por acessão física, industrial ou artificial; por acessão intelectual (ou por destinação do proprietário) e por determinação legal:

a) *Imóveis por natureza*: O inciso I do art. 43 do antigo Código Civil descrevia os bens imóveis por natureza: “O solo, com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreende as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo”. O atual cinge-se no art. 79, a destacar o *solo*. A primeira observação que devemos fazer é que a Constituição Federal (art. 176) considera propriedade distinta do solo, para efeito de exploração ou aproveitamento, as jazidas, em lavra ou não, e demais recursos minerais, e os *potenciais de energia hidráulica*. Do mesmo modo, os recursos hídricos são considerados no art. 21, inciso XIX, como passíveis de utilização privada no uso e na fruição e não nos outros elementos caracterizadores da propriedade plena (“usar, fruir, dispor e reaver”).

b) *Imóveis por acessão física, industrial ou artificial*⁵⁰: São as coisas incorporadas, em caráter permanente ao solo, tais como as construções e plantações. Segundo o art. 43, II do antigo Código Civil. É “tudo quanto o homem incorporar permanentemente ao solo, como a semente lançada à terra, os edifícios e construções, de modo que se não possa retirar sem destruição, modificação, fratura ou dano”. Ficam afastadas as construções provisórias, que se destinam à remoção ou retirada, como os circos ou parques de diversões, as barracas de feiras, pavilhões, etc. Os materiais de construção, “provisoriamente separados de um prédio, para nele mesmo se reempregarem”, não perdem o caráter de imóveis (antigo CC, art. 46). Pois o que se considera é a finalidade de separação, a destinação dos materiais. Coerentemente, aduz o art. 49: “Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam a sua qualidade de móveis. Readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio”. Já o Novo Código Civil afirma ser possível a incorporação natural (imóveis por natureza incorporados sem a ação humana pelo contato com o solo) ou artificialmente (imóveis por acessão física em que o homem atua). As *águas superficiais naturais* (os rios, os lagos etc) podem ser vistos como *bens imóveis por natureza por serem incorporadas ao solo* - bem imóvel primordial. Já as águas represadas pelo homem (barragens que constroem grandes reservatórios) podem ser vistas como *imóveis por acessão física industrial ou artificial*.

c) *Imóveis por acessão intelectual* (ou por destinação do proprietário): São móveis por natureza, tornados imóveis pela vontade do proprietário, mantendo-os intencionalmente empregados em sua exploração industrial, aformoseamento, ou comodidade, como as máquinas (inclusive tratores) e ferramentas, os objetos de decoração, os aparelhos de ar condicionado, etc. (antigo CC, art. 43, III). Não aderem materialmente ao imóvel. Mas são considerados imóveis, porque se leva em consideração a vontade do dono, de mantê-los incorporados a um imóvel. O vínculo, entretanto, é meramente

50 Acessão significa justaposição ou aderência de uma coisa a outra. Acessão industrial ou artificial é a produzida pelo trabalho do homem.

subjetivo, podendo, em consequência, retornarem à categoria de móveis, pela mesma vontade. Dispõe, com efeito, o art. 45 do velho Código Civil que “Os bens, de que trata o art. 43, n. III, podem ser, em qualquer tempo, mobilizados”. As águas colocadas em um carro pipa para uso em uma determinada área municipal, as caixas d’água das residências podem ser, então, consideradas imóveis por acessão intelectual, sujeitando-se a modificação da imobilidade, quando houver mudança da vontade ou das circunstâncias físicas, tal qual ocorre com a modificação da destinação da água.

d) *Imóveis por determinação legal*. São (Novo CC, art. 80): os direitos reais sobre imóveis (tal como a propriedade, o usufruto e a enfiteuse) e as ações que os asseguram, dentre outros. Trata-se de bens incorpóreos, imateriais (direitos), que não são, em si, móveis ou imóveis. O legislador, no entanto, para maior segurança das relações jurídicas os considera imóveis. Nesse aspecto a *outorga de direito de uso* pelas características do corpo de água, caso se trate de um corpo de água imóvel, também adquire esta característica, devendo ser registrada e a *sua transferência de titularidade* deve atender determinados requisitos especiais estabelecidos por lei e por atos administrativos.

O novo e o antigo Código Civil consideram móveis (respectivamente no art. 82 e art. 47): “os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia”.

Estão agrupados em duas classes:

a) *bens móveis por natureza*: Incluem-se, nessa categoria, todos os bens corpóreos que admitem remoção sem dano, por força própria (como os semoventes: animais) ou alheia (como os objetos inanimados, não imobilizados por sua destinação, que podem ser deslocados como a água contida em um caminhão pipa). O gás e a corrente elétrica são bens móveis, assim como os navios. Estes últimos, no entanto, são imobilizados somente para fins de hipoteca (antigo CC, art. 825; no novo Código Civil não há artigo tratando do tema).

b) *bens móveis por determinação legal* (novo CC, art. 83): I - as energias que tenham valor econômico; os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes; II - os direitos pessoais de caráter patrimonial e as ações respectivas. São bens imateriais, que adquirem essa qualidade jurídica por disposição legal. Interessante

destacar que a água contida em uma barragem hidroelétrica pode ser analisada como bem imóvel por acessão física artificial, no entanto o *potencial de energia hidroelétrica*⁵¹ nele contido será móvel por determinação legal.

Se por um lado a corrente de água apresenta-se como bem jurídico imóvel natural (na definição constante do Código Civil de 1916 de rios como bens imóveis por natureza) ou por acessão física (nas transposições feitas pelo homem). O ciclo hidrológico acrescenta, por outro lado, que ao percorrer as suas fases, a água escoia pela superfície e pelos aquíferos, sendo nesse ângulo um recurso móvel, o que a distingue, por exemplo, dos recursos minerais.

2. A água e outorga de direitos de uso são bens fungíveis ou infungíveis?

Há certos bens que intervêm nas relações jurídicas não *in espécie*, isto é, como individualmente determinados, mas *in genere*, apreciáveis por gênero, qualidade e quantidade. A fungibilidade é típica dos móveis, e é nesse sentido que se tem a definição do Código Civil pátrio (antigo no art. 50 e novo no art. 85).

Deste modo, a outorga de um determinado córrego, por ser este imóvel, não pode ser substituída por outra de um outro córrego semelhante. A outorga vincula-se ao objeto outorgado, não podendo fugir de sua natureza. Por ser o corpo d'água imóvel, do direito de outorga, bem acessório, também, o será imóvel e infungível.

Assim, faz-se necessária a classificação dos bens em:

- a) fungíveis: Bens fungíveis são aqueles que podem ser substituídos por outros do mesmo gênero, qualidade e quantidade, como o dinheiro.

⁵¹ “O potencial hidrelétrico é produto das vazões e das quedas de água, e, como decorrência tem o mesmo caráter aleatório das vazões, sendo essa a principal característica de tal fonte de energia. A disponibilidade de energia hidrelétrica é, portanto, associada a riscos. O aproveitamento da energia hidrelétrica é a principal forma de uso não consuntivo de água. Merecem menção os seguintes aspectos: a construção de barragens de regularização causa alterações no regime dos cursos água, perdas por evaporação da água dos reservatórios, principalmente em regiões semiáridas, e diversas alterações no meio físico” (Freitas (Coord.), 2001, p. 57).

b) infungíveis: Bens infungíveis, os que não têm essa qualidade, porque são encarados de acordo com as suas qualidades individuais, em espécie (não em gênero), como o quadro de um pintor célebre, uma escultura famosa, a *água e os direitos dela decorrentes de uma água superficial ou subterrânea por suas características particulares de vazão, qualidade e quantidade* etc.

Portanto, a outorga de direito de uso dada a um determinado córrego (bem imóvel) não pode ser substituída por outra sem a participação da autoridade administrativa, por se tratar de um bem infungível com informações individualizadas previstas na sua regulamentação.⁵²

3. A água e a outorga de direitos de uso são bens consumíveis ou inconsumíveis?

Bens consumíveis (novo CC, art. 87; antigo CC, art. 52) são os móveis que se extinguem pelo uso normal, seja porque esse uso importe a *destruição imediata* de sua *substância* (naturalmente consumíveis), seja porque são *destinados à alienação* (juridicamente consumíveis). Em síntese, a consumibilidade das coisas é uma qualidade que lhes é própria (consumo natural) ou decorre de seu destino jurídico (alienação).

Nesse enunciado, presente no Código Civil, tem-se que consumíveis são aqueles bens que são destruídos na sua substância pelo uso normal, enquanto os não-consumíveis são aqueles cuja utilização não atinge sua integridade. Com efeito, prescreve o art. 51 do Código Civil que são consumíveis os bens móveis cujo uso importa destruição imediata da própria substância (de fato, como os gêneros alimentícios e a *água bebida pelo homem e pelos animais*), sendo também considerados tais os

⁵² Resolução n. 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 8 de maio de 2001, art. 20: “Do ato administrativo da outorga, deverão constar, no mínimo, as seguintes informações: I – identificação do outorgado; II – localização geográfica e hidrográfica, quantidade, e finalidade a que se destinem as águas; III – prazo de vigência; IV – obrigação, nos termos da legislação, de recolher os valores da cobrança pelo uso dos recursos hídricos, quando exigível, que será definida mediante regulamento específico; V – condição em que a outorga poderá cessar seus efeitos legais, observada a legislação pertinente, e VI – situações ou circunstâncias em que poderá ocorrer a suspensão em observância ao art. 15 da Lei n. 9.433, de 1997 e do art. 24 desta Resolução”.

destinados à alienação (a vazão de água outorgada para consumo de determinado usuário).

Inconsumíveis, ao contrário, são os que admitem uso reiterado, não havendo destruição de sua substância e não sendo destinado à alienação.

Pode a coisa consumível tornar-se inconsumível pela vontade das partes, como um comestível ou uma garrafa de bebida rara, emprestados para uma exposição. Assim também, uma coisa consumível, como os livros colocados à venda nas prateleiras de uma livraria, que possuirão uma consuntibilidade jurídica.

Não devemos confundir com bem consumível, o bem suscetível de consumir-se ou deteriorar-se depois de um lapso de tempo mais ou menos longo. Não se confundem a consuntibilidade jurídica com a classificação econômica de bens duráveis e não-duráveis.

Fundamental esta classificação para o mecanismo de gestão das águas, pois há usos *consuntivos* e *não-consuntivos* da água. Nesse sentido, a publicação oficial da ANA e da ANEEL afirma:

Os setores usuários das águas são os mais diversos com aplicação para inúmeros fins. *A utilização pode ter caráter consuntivo* ocorrendo quando a água é captada pelo seu curso natural e somente parte dela retorna ao curso normal do rio, ou *não consuntivo*, onde *toda a água captada retorna ao curso de água de origem*.

Cada uso da água deve ter normas próprias, mas são necessárias normas gerais que regulamentem as suas inter-relações e estabeleçam prioridades e regras para a solução dos conflitos entre os usuários (AGÊNCIA NACIONAL DE ÁGUAS, 2001, p. 43).

Os principais usos consuntivos dos recursos hídricos são: abastecimento humano, animal (dessedentação), industrial e irrigação, observando que *a irrigação*,

tanto no Brasil quanto no aspecto mundial, constitui a utilização consuntiva de maior volume de água.⁵³

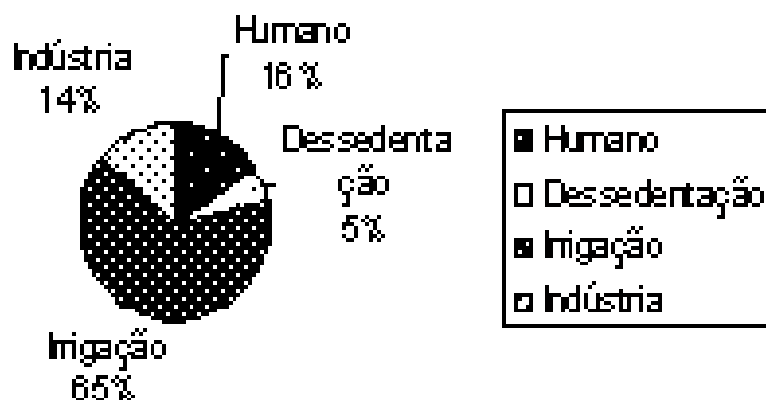


Figura 3 – Distribuição de água por tipo de consumo consuntivo no Brasil

Na figura acima é apresentada a distribuição por tipo de uso consuntivo no Brasil, devendo-se notar que o principal uso não consuntivo ocorre na utilização da água para produção de hidroeletricidade (TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO; 2001, p. 64).

⁵³ “Today, agriculture accounts for **about two-thirds of global water use**. By enabling farmers to apply water when and where needed, irrigation has turned many of the earth’s sunniest, warmest, and most fertile lands into important crop-producing regions. Egypt could grow virtually no food without water drawn from the Nile or from underground aquifers. California’s Central Valley and the Aral Sea basin – the fruit and vegetable baskets of the United States and the former Soviet Union – could barely be cultivated without supplemental water supplies” (POSTEL, 1993, p. 56, grifo nosso).

4. A água e a outorga de direitos de uso são bens divisíveis ou indivisíveis?

O Novo Código Civil torna indivisível não só o bem que mantém a natureza do todo, como fazia o antigo Código Civil, mas, também, aquele que se tornaria menos valioso, desproporcionalmente, ou que causasse prejuízo ao uso a que se destina.⁵⁴

Exemplificando, vamos supor que seja objeto de outorga uma pequena vazão de um pequeno rio. Tal outorga não poderia ser desmembrada em outras com distintos usos múltiplos de água, sob pena de que nenhum deles fosse suficiente para atender à real necessidade dos usuários após a divisão da vazão total do rio.

Tratando-se da divisibilidade no novo Código Civil, deve-se observar que não se confunde o critério jurídico de divisibilidade com o critério físico. Fisicamente, as coisas são suscetíveis de divisão. Todo e qualquer corpo admite divisão. Mas, se dividirmos um relógio em várias partes, ele deixa de ser um relógio.

Por isso que, ao direito, não interessa apenas a divisibilidade material, devendo ser introduzido um dado específico: a manutenção, em cada uma das porções reais e distintas, *das qualidades essenciais do todo*.

Nesse caso, compreende-se que *a outorga de direito de uso poderá ser suspensa parcial ou totalmente, dentre outras razões, pela necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo que não poderiam ser divididos com outros usos*.⁵⁵

⁵⁴ “Art. 87. Bens divisíveis são os que se podem fracionar sem alteração na sua substância, diminuição considerável de valor, ou prejuízo do uso a que se destinam”.

⁵⁵ O art. 15 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos

Logo, apesar de a água ser um bem divisível por natureza, a outorga dela poderá ser indivisível.

5. A água e a outorga de direito de uso são bens singulares ou coletivos?

O diploma civil (novo CC, art. 89) declara que os bens singulares podem considerar-se *de per si* (destaca-se a parte em relação ao todo), independentemente dos demais; já os coletivos são analisados como universalidade (destaca-se o todo em relação a parte).

Esta classificação mostra-se, também, importante para o trato da água de rio ou de córrego que pertencem a uma Bacia Hidrográfica.

O conceito de Bacia Hidrográfica, para fins jurídicos, pode ser construído em analogia com o previsto no art. 90 do Novo Código Civil como uma universalidade de fato, constituída por uma pluralidade de bens singulares que, pertinentes à mesma pessoa gestora – Comitê de Bacia – tenham destinação unitária.

Maria Luiza Machado Granziera (1993, p. 22-25) salienta que as bacias hidrográficas devem ser consideradas como um “todo indivisível”, e que a gestão dos recursos hídricos deve inserir-se no âmbito da bacia hidrográfica natural e não no das fronteiras administrativas e políticas. Tal princípio também já tinha sido adotado, em 1968, pela Carta Europeia da Água.

No mesmo diapasão, Paulo Affonso Leme Machado (2002, p.419) também destaca que houve época em que se focalizava o recurso hídrico somente com respeito a determinado curso d'água, e que, modernamente, se vem dando enfoque relevante ao estudo global de um rio e seus afluentes, isto é, da bacia hidrográfica. Acrescenta que a ideia de bacia hidrográfica não se restringe só ao rio e aos cursos d'água que a ele afluem, mas pode atingir toda a região drenada por um único rio.

prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água”.

Interessante observar que, em algumas oportunidades, a legislação de recursos hídricos nacional (Lei 9.433/97) trata da água como um bem singular (**sub-bacia**) e, em outras, encara o conjunto, a universalidade, na figura da *bacia hidrográfica ou grupo de bacias hidrográficas*.⁵⁶

No trato da qualidade e quantidade do recurso hídrico do ponto de vista ecológico como macrobem, ganha especial relevância a visão da água e da outorga de direito de uso como bens coletivos, de forma análoga a visão de que o meio ambiente como previsto na Constituição Federal é um bem de todos.

A maneira como o Direito encara o fenômeno ambiental e seu reflexo no econômico modificou-se ao longo do tempo. Sob esse ponto de vista, interessante analisar as diferentes terminologias utilizadas no trato do bem ambiental, por ressaltarem as diversas e progressivas valorações dadas ao fenômeno ambiental sob o prisma de sua visão econômica.

A colocação, posta no texto constitucional vigente brasileiro, que qualifica o *meio ambiente ecologicamente equilibrado como bem de uso comum do povo*⁵⁷, requer breve estudo da classificação de bens corporificada no Código Civil quanto ao titular do domínio.

Assim, adverte-se que o meio ambiente constitui bem e não ente que titulariza direitos e obrigações. O meio ambiente é visto como objeto de uma relação jurídica – um bem (coisa). Nesse sentido, ilustrativa a conceituação de Alves (1978, p. 182):

⁵⁶ O art. 37 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 37 Os Comitês de Bacia Hidrográfica terão como área de atuação: I – a **totalidade** de uma bacia hidrográfica; II – **sub-bacia** hidrográfica de tributário do curso de água principal da bacia, ou de tributário desse tributário; ou III – **grupo de bacias** ou sub-bacias hidrográficas contíguas”.

⁵⁷ O art. 225 da Constituição Federal de 1988 afirma, *verbis*: “*Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao poder público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações*”.

“Em acepção vulgar, a palavra coisa tem sentido muito amplo: ela abrange tudo o que existe na natureza, ou que a inteligência do homem é capaz de conceber”.

“Em sentido jurídico, no entanto, coisa é empregada em acepção mais restrita: é aquilo que pode ser objeto de direito subjetivo patrimonial.”

Preliminarmente, em visão sistêmica, fundamental é distinguirem-se as partes do todo, ou seja, não confundir os elementos constitutivos do ambiente com o ambiente como universalidade. É a distinção que Benjamin (1993a, p. 69-72) faz de bem ambiental, categorizando-o em macrobem e microbem ambientais.

A visão esclarecedora de Benjamin pode ser entendida, também, à luz da classificação legal, presente no atual Código Civil entre coisas singulares e coisas coletivas (arts. 54 a 57 da Lei 3.071/1916), no destaque dado por Alves (1978, p. 188):

Esta classificação é originária da filosofia estóica. Coisa simples é aquela que forma um todo orgânico (um animal, por exemplo); coisa composta é aquela que forma um todo mecânico (assim, um navio); e coisa coletiva é aquela que forma um todo ideal (por exemplo: um rebanho, que é constituído de várias coisas simples – as ovelhas –, mas que são consideradas, idealmente, como um todo, e são designadas por um nome único: rebanho).

O ambiente, como “equilíbrio ecológico”, e macrobem ambiental, é essencialmente imaterial e incorpóreo não sendo passível de apropriação ou sobre o qual se possam conferir direitos individuais. Os elementos corpóreos integrantes do meio ambiente têm regime jurídico próprio e estão submetidos à legislação própria. Observe-se que, quando se fala na proteção da fauna, da flora, do ar, da água e do solo, não se busca propriamente a proteção desses elementos em si, mas, sim, deles como elementos indispensáveis à proteção do meio ambiente como bem imaterial, objeto último e principal almejado pelo legislador. Sem diminuir a importância da preservação dos elementos corpóreos – microbens –, deve-se atentar para o fato de que eles são vistos e considerados não em sua individualidade específica, mas como elos fundamentais da imensa cadeia, da grande teia que rege a vida de forma geral (o meio ambiente) (BENJAMIN, 1993a, p. 70).

Nesse sentido, o enfoque de Benjamin (1993a, p. 75):

Como bem – enxergado como verdadeiro **universitas corporalis**, é imaterial – não se confundindo com esta ou aquela coisa material (floresta, rio, mar, sítio histórico, espécie protegida, etc.) que o forma, manifestando-se, ao revés, como o complexo de bens agregados que compõem a realidade ambiental [...] uma definição como esta de meio ambiente, como macrobem, não é incompatível com a constatação de que o complexo ambiental é composto de entidades singulares (as coisas, por exemplo) que, em si mesmas, também são bens jurídicos.

As coisas e os bens⁵⁸ podem ser classificados de conformidade com vários critérios. Atende-se à natureza física dos bens, às suas relações recíprocas, aos seus titulares, à possibilidade de comerciar ou não em relação a eles.

Nesta matéria, o próprio Código Civil (1916, cap. I, L. II, art. 43) definiu e classificou meticulosamente os bens. Referiu-se inicialmente aos *bens considerados em si mesmos*, caracterizando os bens imóveis, os móveis, as coisas fungíveis e consumíveis, as divisíveis e indivisíveis e as coisas singulares e coletivas.

O Direito Romano conhecia a distinção entre *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, baseando-se na importância que certos bens tinham no regime econômico patriarcal da época, considerando, entre as primeiras, o solo itálico, certos animais de tração, os escravos, os instrumentos agrícolas e as servidões. As *res Mancipi* necessitavam de maiores formalidades para serem transferidas e eram consideradas como sendo de valor básico na época.⁵⁹

Do mesmo modo, podemos afirmar que a classificação dada ao bem ambiental, ao longo dos tempos, representava a maior ou menor importância que se dava à preservação da natureza pela sociedade.

A maneira como o Direito encara o fenômeno ambiental e seu reflexo econômico modificou-se ao longo do tempo. Sob esse ponto de vista, interessante

⁵⁸ No âmbito do nosso trabalho, a exemplo do que é feito no Código Civil (1916), não se distingue “coisas” e bens, sendo ambos representativos de objetos da relação jurídica.

⁵⁹ O interesse prático dessa classificação, enquanto ela teve razão de ser, ocorria quanto ao modo de aquisição da propriedade; as *res nec Mancipi* podiam ser adquiridas pela tradição (*traditio*), modo não solene de aquisição da propriedade; as *res Mancipi* apenas podiam ser adquiridas mediante modos solenes como a *Mancipatio* e a *in iure cessio* (ALVES, 1978, p. 195).

analisar as diferentes terminologias utilizadas no trato do bem ambiental, por ressaltarem as diversas e progressivas valorações dadas ao fenômeno ambiental em contraste com a sua visão econômica.

Coube ao Direito medieval salientar a importância da classificação de bens móveis e imóveis, pois os últimos importavam em dar aos seus titulares o poder político, na época, vinculado à terra. Constituía a riqueza de importância social à qual se ligava o poder político dos suseranos e a estabilidade econômica (WALD, 1989, p. 143).

A escola dos fisiocratas⁶⁰ de Quesnay, no século XVIII, continuava, aliás, a ver na terra a única fonte real e autêntica criadora da riqueza. Assim, as legislações do século XVIII, que mais influenciaram o nosso Código Civil – o Código de Napoleão e o Código Alemão (BGB) – mantiveram o tratamento especial dado aos imóveis.

Atentando à qualificação que faz a Constituição de meio ambiente como bem de uso comum do povo, necessário é recorrermos, preliminarmente, às palavras de Beviláqua (1980, p. 193-194), que afirmava serem os bens, “em relação às pessoas, a quem os bens pertencem”, divididos em *públicos* e *particulares, verbis*:

Os bens públicos, encarados do ponto de vista de sua utilização, podem ser: de uso especial, de uso comum e particular ou dominicais. São de uso comum os administrados pelos poderes públicos, e que podem ser utilizados por quaisquer pessoas, respeitadas as leis e regulamentos [...]. Os bens comuns, enquanto conservam esse caráter, são inalienáveis e repelem o usucapião; os de uso especial e os patrimoniais podem ser alienados, de conformidade com as leis que os regulam.⁶¹

⁶⁰ O conceito, conhecido como fisiocracia, foi elaborado no século XVIII pelos economistas franceses liderados por François Quesnay, os fisiocratas acreditavam que todas as atividades sociais (inclusive as econômicas) são regidas pelo Direito Natural, que nenhum governo pode comandar; deve-se, portanto, deixar que o mercado siga o seu curso natural. Defendiam o comércio livre, o *laissez-faire*. Conforme ensina Huberman (1986, p. 138-139), *verbis*: “Os fisiocratas chegaram à sua fé no comércio livre por um caminho indireto. Acreditavam, acima de tudo, na inviolabilidade da propriedade privada, particularmente na propriedade privada da terra. Por isso, acreditavam na liberdade – o direito do indivíduo fazer de sua propriedade o que melhor lhe agradasse, desde que não prejudicasse a outros. Atrás de sua argumentação a favor do comércio livre está a convicção de que o agricultor devia ter permissão para produzir o que quisesse, para vender onde desejasse. Naquela época, não só era proibido mandar cereais para fora da França sem pagar imposto, como o próprio trânsito do produto de uma parte do país para outra era taxado. A isso se opunham os fisiocratas. Mercier de La Rivière, autor da melhor exposição dos princípios defendidos pelos fisiocratas, assinalou que a liberdade completa era essencial ao gozo dos direitos de propriedade” (grifo nosso).

⁶¹ Cumpre observar que o próprio Beviláqua (1975, p. 300), apontou que a inscrição original para o

Entre os bens de uso comum da época, elencavam-se o mar territorial, os golfos, baías, enseadas e portos; as praias; os rios navegáveis; as estradas e caminhos públicos, excluídas as vias férreas federais, além do que também se classificavam *extra commercium*, por serem de uso inexaurível, como o ar, as águas correntes, quando parte de rios públicos, a luz e o mar alto (BEVILÁQUA, 1980, p. 208).

A abundância desses bens fez com que permanecessem inapropriáveis e, nesta lógica, excluídos da tutela jurídica.

A toda evidência, o termo “bem de uso comum” designa, no texto constitucional, conceito diverso do descrito no Código Civil. Expressa, sim, o caráter difuso da proteção ambiental, pois não sendo de ninguém, é de todos. Refere-se a expressão à titularidade do bem e não à sua natureza.

O meio ambiente como macrobem, é bem público, salienta Benjamin (1993a, p. 66), não porque pertença ao Estado (pode até pertencê-lo), mas porque se apresenta no ordenamento, constitucional e infraconstitucional, como “direito de todos”. É bem público em sentido objetivo e não, subjetivo. Por sua natureza e pelos elementos que engendra, prematuro é, entretanto, categorizar o bem ambiental no âmbito de “dominialidade coletiva”.

A noção de domínio, mesmo na modalidade coletiva, pressupõe o conceito de direito subjetivo a amarrar o bem ambiental à perspectiva individualizante, contrariando as construções doutrinárias até agora firmadas no campo dos interesses difusos.⁶²

A titularidade dos elementos constitutivos do ambiente – microbens ambientais –, assim como o feixe de interesses que lhe são correlatos, não interferem na fruição do bem ambiental como bem de uso comum do povo. Em seu aspecto

Capítulo dos Bens era *Dos bens em relação às pessoas*, tendo sido suprimido pelo Senado em face de críticas de alguns juristas à classificação dos bens que toma por base as pessoas, a que os mesmos pertencem (Planiol, Teixeira D’Abreu). Beviláqua repele a crítica, ponderando ser a classificação feita “*não do ponto de vista dos proprietários, mas do ponto de vista do modo pelo qual se exerce o domínio sobre os bens*”.

⁶² Cf. MANCUSO (1988. p. 59-109).

patrimonial, pode ser objeto de direitos de propriedade ou de outros direitos reais. Como bem ambiental, é objeto de interesses difusos, ensejando o dever de intervenção pelo Poder Público e pela coletividade para sua defesa e preservação.

A propósito da qualificação do bem ambiental, Silva, J., (1994, p. 56) aponta tendência da doutrina italiana na configuração da categoria dos *bens de interesse público*, em que se inserem tanto bens pertencentes a entidades públicas como bens de sujeitos privados, subordinados a peculiar regime jurídico relativo ao gozo e à disponibilidade, assim como a particular regime de polícia, de intervenção e de tutela pública. Como tal, são dotados de regime jurídico especial, porque essenciais à sadia qualidade de vida e vinculados, assim, a fim de interesse coletivo. O proprietário, seja pessoa pública ou particular, não pode dispor da qualidade do meio ambiente a seu talante, porque ela não integra sua disponibilidade.

Portanto, o bem ambiental, “bem de uso comum do povo”, não se identifica com a definição de bens públicos e privados do antigo Código Civil brasileiro.⁶³ Sua titularidade não o vincula somente ao Estado, mas à sociedade em geral. Por outro lado, não só os bens públicos integram os bens sujeitos à proteção ambiental também, os bens privados são protegidos no enunciado constitucional.

Entretanto, a visão jurídica do meio ambiente, sob enfoque macro, restringe-se a de *objeto de relação jurídica de titularidade difusa*.

Na água ocorre algo semelhante! A própria noção de ciclo hidrológico destaca o aspecto do todo em relação à parte.

Há, por exemplo, uma clara distinção de diplomas legislativos para águas superficiais e águas subterrâneas, os quais devem ser unificados com o conceito de bacia hidrográfica. Tal distinção dificulta a gestão integrada das águas superficiais e subterrâneas, o que é importante em regiões como o Distrito Federal na qual os aquíferos subterrâneos muitas vezes são exageradamente utilizados, sem que haja o

⁶³ “Os bens públicos são: I – de uso comum do povo, tais como os mares, estradas, ruas e praças [...]” (Art. 66 do Código Civil de 1916).

rigor administrativo e legislativo existente para com as águas superficiais. Nesse aspecto, Paulo Machado (2002, p.419) diferencia “bacia hidro geológica” como unidade fisiográfica ou geológica que contém pelo menos um aquífero de extensão significativa de “bacia hidrográfica”, área de drenagem de um curso de água ou lago. Discordo, entretanto que no conceito de área de drenagem pode se compreender toda a água seja a que permanece na superfície, seja a que infiltra no solo, não podendo o Direito distinguir o que a natureza não distingue.

No mesmo sentido, o homem ainda não dispõe de tecnologia para intervir significativamente no regime das águas meteóricas, todavia, como destaca Barth (1996, p. 121), as chuvas artificiais do futuro poderão depender da disciplina integrada dada às águas na superfície, no subsolo e nas nuvens. Nesse aspecto, também há necessidade de releitura do que dispõem o Código de Águas (Decreto 24.643/32) sobre as águas pluviais ao afirmar que “Art. 103. *As águas pluviais pertencem ao dono do prédio onde caírem diretamente, podendo o mesmo dispor delas à vontade, salvo existindo direito em contrário*”. A universalidade da gestão por bacia hidrográfica exige uma visão de que a água da chuva também integra a universalidade da água de uma Bacia. Deste modo, toda a água passa a ser um bem coletivo.

6. A água e a outorga de direito de uso são bens principais ou acessórios? O sisnama e o singerh é bem principal e acessório respectivamente?

Outra classificação dos bens a que se deve dar grande importância é a que se faz em acessórios e principais, pois esta é uma classificação que se funda, não nas qualidades físicas ou jurídicas da coisa, mas na relação recíproca em que elas se encontram. Uma coisa, se considerada isoladamente, não é nem principal, nem acessória. Para que possa tomar uma dessas designações, é preciso que ela se ache em relação com outra e que se possa, então, perceber, nessa relação, um vínculo de dependência. A dependência de uma coisa a outra é, portanto, a essência mesmo desta relação. Diz-se, então, que é principal a coisa que existe por si própria, ou, para usar-se a expressão do Código Civil: a coisa que existe sobre si, e diz-se que é acessória a coisa que, para existir, depende da principal.

As principais consequências da referida regra são:

- a) A natureza do acessório é a mesma do principal (se o solo é imóvel, a água a ele anexada também o é);
- b) Quem adquire o direito à outorga de água irá adquiri-lo com o expresso direito de retirar uma parcela do rio para uso, extinto o curso d'água, extinta estará a outorga;⁶⁴
- c) O proprietário do principal é proprietário do acessório. Entre as inúmeras aplicações do aludido princípio podem ser mencionadas as constantes dos arts. 1.209, 233, 287 do Novo Código Civil.

É muito grande a importância desta classificação, porque nela se funda a conhecida regra de direito que assim se enuncia: “o acessório segue, em regra, o principal” (antigo CC, art. 59). Para que tal não ocorra, é necessário que tenha sido convencionado o contrário (venda de veículo, convencionando-se a retirada de alguns acessórios).

Assim, comparando um rio e o solo seu substrato, o solo é bem principal, porque existe por si, concretamente, sem qualquer dependência. O rio é acessório, *naturalmente*, porque sua existência supõe a do solo, onde se movimenta.

Juridicamente, entretanto, dependendo das circunstâncias, o rio e o solo podem ser ambos principais, tal qual ocorre com a *distinção de titularidade de propriedade entre um e outro*. Deste modo, o proprietário da fazenda não é proprietário do rio que a atravessa. Utilizando a expressão “a água é um bem de domínio público”, a Lei 9433/97 abrange todo tipo de água. Não especificando qual o tipo de água é

⁶⁴ Resolução n. 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 8 de maio de 2001, art. 24: “Art. 24. A outorga de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa pela autoridade outorgante, parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, sem qualquer direito de indenização ao usuário, nas seguintes circunstâncias: [...] III – necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV – necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V – necessidade de se atender a usos prioritários de interesse coletivo para os quais não se disponha de fontes alternativas [...]”

pública, todas as águas serão, inclusive a água de superfície, a água subterrânea e as águas da chuva como já visto.

Esta regra é o enunciado do chamado princípio da gravitação jurídica, que faz com que um bem atraia, para sua órbita, um outro que é o seu acessório, comunicando-lhe o seu próprio regime jurídico.

No elenco dos bens acessórios, têm-se, entre outras classificações:

a) os frutos. Frutos são as utilidades que uma coisa periodicamente produz. Nascem e renascem da coisa, sem acarretar-lhe a destruição no todo ou em parte, como o café, os cereais, os frutos das árvores, o leite, as crias dos animais, etc. *A água conforme já visto não é um fruto por existir em uma quantia fixa na atmosfera, variando segundo o ciclo hidrológico o seu estado em líquido, gasoso ou sólido;*

b) os produtos. Produtos que são as utilidades que se retiram da coisa, diminuindo-lhes a quantidade – porque não se reproduzem periodicamente, como as pedras e os metais, que se extraem das pedreiras e das minas; e *a água retirada por meio de outorga de uso do corpo de água*. Distinguem-se dos frutos porque a colheita destes não diminui o valor nem a substância da fonte, e a daqueles, sim;

c) as pertenças. No elenco dos bens acessórios estão as pertenças, que se destinam a conservar ou facilitar o uso das coisas principais, sem que se tornem partes destas. A aplicação do princípio *accessorium sequitur principale* não se faz com a intensidade das coisas acessórias, pois a vontade das partes pode estipular destino diverso para a pertença em relação à coisa principal. O Novo Código Civil prevê expressamente (art. 93) “São pertenças os bens que, não constituindo partes integrantes, se destinam, de modo duradouro, ao uso, ao serviço ou ao adorno de outro”. Assim, Ruggiero (1936, v. 2, p. 287) exemplifica que pode ser pertença: a moldura em relação ao quadro, a estátua colocada para ornamento da entrada da residência. No âmbito dos recursos hídricos, as matas ciliares, em relação aos cursos d’água, podem ser vistas como pertenças, no aspecto da proteção do assoreamento do curso d’água.

De acordo com o art. 31 da Lei 9433/97, na efetivação da Política Nacional de Recursos Hídricos, os Poderes Executivos do Distrito Federal e dos Municípios promoverão *a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e de meio ambiente com as políticas federal e estadual de recursos hídricos.*

O princípio da integração da gestão ambiental com a gestão de recursos hídricos é tido como fundamental para a proteção do meio ambiente. Entre os principais fatores que alteram a qualidade das águas, podemos citar, dentre outros, o uso inadequado do solo, a presença de indústrias potencialmente poluentes próximas dos cursos de água. A articulação sistêmica e permanente entre os diversos setores institucionais ligados à gestão ambiental e hídrica é fundamental!

Conforme salientam Fins, Moreira Alves e Bonis (1997), o modelo de gerenciamento de recursos hídricos existente até agora no país tem levado ao parcelamento da gestão hídrica, de forma que vários segmentos ligados à água, como energia, irrigação, saneamento promovem o seu gerenciamento particular dentro de suas particularidades. A gestão adequada às diversidades regionais do país (caracterizadas, grosso modo, por problemas de quantidade ou escassez na região Nordeste e de qualidade dos recursos hídricos na região Sul), bem como a articulação da União com os Estados, para a gestão de recursos hídricos de interesse comum, são também premissas fundamentais ao novo modelo que a lei pretende implantar.

Interessante, nesse sentido, fazendo um paralelo entre o Sistema Nacional do Meio Ambiente – SISNAMA e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SINGREH, no ordenamento jurídico brasileiro, destacar que o SISNAMA poderia ser visto como principal em relação ao SINGEREH, mas a importância deste acessório (SINGEREH) faz com que este possa ter um tratamento jurídico próprio e setorial, com regras específicas para a sua proteção.

Assim, O SINGEREH pode ser visto, *mutatis mutandi*, como uma pertença na qual, em determinados aspectos, a regulação jurídica que diz respeito ao bem principal (SISNAMA) não se torna automaticamente aplicável a pertença (SINGEREH). As

características específicas e o valor próprio significativo do SINGEREH tornam adequado um tratamento específico, embora correlacionado ao SISNAMA.⁶⁵

A noção de pertença entre a gestão da água e a proteção do meio ambiente destaca o princípio da integração da gestão ambiental com a gestão de recursos hídricos, ressaltado como fundamental pela legislação. De acordo com o art. 31 da Lei 9433/97, o Poder Público deve promover a integração das políticas locais de saneamento básico, de uso, ocupação e conservação do solo e do meio ambiente com as políticas estaduais e federais de recursos hídricos.

7. A água e a outorga de direito de uso são bens públicos federais, estaduais, distritais ou municipais?

O Código Civil classifica os bens em públicos ou privados, em função da titularidade do domínio pertencer ou não pertencer ao Poder Público.

Para o nosso estudo, não basta, entretanto, a noção de que a água é bem público por força da Constituição, torna-se necessária a análise da Bacia ser federal, estadual, distrital ou municipal.

São três os tipos de domínios das águas no Brasil: águas federais, estaduais e distritais. Não se considera que o Município seja *dominus* da água, não obstante possa ter interesses sobre o curso de água que percorre o seu território.

São bens da União (águas federais) os lagos, rios e quaisquer correntes em terrenos de seu domínio ou que banhem mais de um Estado da federação, sirvam de limite com outros Países, ou se estendam a território estrangeiro ou dele provenham.

Incluem-se, também, como corpos hídricos de domínio da União, as águas em reservatórios construídos pela União, como, por exemplo: reservatórios da Companhia

⁶⁵ Nesse sentido, para o paralelo realizado poder-se-ia colacionar o “Art. 94. Os negócios jurídicos que dizem respeito ao bem principal não abrangem as pertenças, salvo se o contrário resultar da lei, da manifestação de vontade, ou das circunstâncias do caso” (*Novo Código Civil*, Lei 10.406, publicada no Diário Oficial da União em 11 de janeiro de 2002).

de Desenvolvimento do Vale do São Francisco - CODEVASF, do Departamento Nacional de Obras Contra as Secas - DNOCS, do extinto Departamento Nacional de Obras e Saneamento – DNOS, Companhia Hidrelétrica do São Francisco - CHESF, etc.

São bens do Estado as águas não federais superficiais ou subterrâneas, fluentes, emergentes ou em depósito encontradas em seu território.

A responsabilidade pela concessão e gestão da outorga, desse modo, depende do tipo de domínio da água.

Quanto ao sujeito concedente da outorga tanto pode ser a União, o Estado ou o Distrito Federal, de acordo com o domínio da água objeto da derivação.

8. A outorga de direito transfere a propriedade ou o usufruto do bem?

Conforme já visto, as águas doces são de domínio público de uso comum e, conseqüentemente, o que se outorga não é a sua propriedade, mas o seu direito de uso.

Di Pietro (1983, p. 10-11) elenca as características básicas do uso comum, sintetizadas de acordo com a sua relação à outorga da água:

- aberto a todos ou a uma coletividade de pessoas;⁶⁶
- é, em geral, gratuito, mas pode ser remunerado, sem que isso desnature o uso comum;⁶⁷
- está sujeito ao poder de polícia⁶⁸ do Estado;

⁶⁶ A respeito da amplitude de todos, interessante observar, no caso da água doce, a expressa menção à dessedentação dos animais.

⁶⁷ Na Lei 9.433/97, independem de outorga e conseqüentemente de cobrança o uso de recursos hídricos para a satisfação das necessidades de pequenos núcleos populacionais, distribuídos no meio rural e as derivações, captações e lançamentos, assim como acumulações de volumes de água considerados insignificantes (art. 12, par. 3). O Código de Águas, do mesmo modo, assegura no art. 34, o uso gratuito de qualquer corrente ou nascente de água, para as primeiras necessidades da vida, se houvesse caminho público que a tornasse acessível, garantido o direito de passagem, desde que não causasse dano aos proprietários.

⁶⁸ “Na doutrina, o conjunto de tais prerrogativas e ônus vem recebendo a denominação de polícia dos bens públicos ou polícia do domínio público. O termo polícia aqui deve ser entendido com o seu sentido de fiscalização, vigilância, adoção de medidas fortes para preservar tais bens [...] À Administração competem as medidas de preservação do bem em si, de sua integridade física, impedindo que se deteriore; é a chamada ‘polícia’ de manutenção, que se traduz em providências relativas à limpeza, restauração etc” (MEDAUAR, 2002, p. 300-301).

- o uso comum permite a utilização do bem como uma *faculdade da liberdade humana*⁶⁹ e não um direito subjetivo adquirido do Estado (grifo nosso).

De regra, a utilização de bens de uso comum pode ser gratuita ou pode ser remunerada, como no caso do pedágio em estradas e na cobrança pelo uso da água, ora em análise.

Conforme Pietro (1983, p. 10), o “uso privativo é o que se exerce, com exclusividade, por pessoas determinadas, mediante título jurídico conferido individualmente pela Administração”.

Com o uso privativo de bem público, dado pela outorga, transpõem-se o que era aberto a todos para um indivíduo específico. A própria noção de exclusividade, apresentada no conceito de Pietro, *destaca a modificação da ênfase da esfera pública (do bem de uso comum) para a esfera privada (do bem outorgado) mediante a outorga.*

Assim, a exclusividade é característica da *propriedade privada*⁷⁰ e da *outorga*⁷¹.

A propriedade perfaz uma categoria de direitos subjetivos, orientados pelo domínio, porém se tornam direitos obrigacionais em sua eficácia real, para terem oponibilidade frente aos demais indivíduos (obrigação passiva universal).

A outorga *individualiza e restringe o acesso de outros ao bem público*, constituindo-se em espécie do gênero o uso *privativo* de bem público. Pode ser definida, então, como ato administrativo mediante o qual o Poder Público outorgante (União, Estados ou Distrito Federal) faculta ao outorgado o uso de recurso hídrico, por prazo determinado, nos termos e nas condições expressas no respectivo ato. O referido ato é publicado no Diário Oficial da União (caso da ANA), ou nos Diários Oficiais dos Estados e Distrito Federal, onde o outorgado é identificado e estão estabelecidas as

⁶⁹ Aqui destaca-se a noção de *res communi omnium*, pois o bem de uso comum não tem como titular o próprio Estado, mas sim a população em geral.

⁷⁰ “A propriedade em direito CLÁSSICO e JUSTINIANEU, no qual se baseia a nossa concepção moderna, é o direito PRIVADO mais AMPLO que alguém pode ter sobre uma coisa; o pleno domínio jurídico privado que, podendo ser limitado de várias formas, não está previamente limitado. Contrapõem-se lhe, por um lado, a posse como mero domínio de facto e, por outro, os direitos reais limitados (servidões, usufruto, penhor, etc.)” (KASER, 1999, p. 137).

⁷¹ Resolução n. 16 do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, de 8 de maio de 2001, art. 20: “Do ato administrativo da outorga, deverão constar, no mínimo, as seguintes informações: I – *identificação do outorgado*; II – *localização geográfica e hidrográfica, quantidade, e finalidade a que se destinem as águas*; III – *prazo de vigência* [...]”

características técnicas e as condicionantes legais do uso das águas que o mesmo está autorizado a fazer.

Kelman (2000, p. 95), nesse sentido, afirma:

A outorga garante ao usuário o direito de uso da água. Cabe ao poder outorgante (Governo federal, estados ou Distrito Federal) examinar cada pedido de outorga para verificar se existe água suficiente, considerando-se os aspectos quantitativos e qualitativos, para que o pedido possa ser atendido. Uma vez concedida, a outorga de direito de uso da água protege o usuário contra o uso predador de outros usuários que não possuam outorga. Em situações de escassez, seja para captação seja para diluição de efluentes, os não-outorgados deverão ser reprimidos para garantir a utilização da água e conseqüentemente os investimentos daqueles que seguiram o procedimento legal.

Meadaur (2002, p. 302-303) indica os contornos do uso privativo de bem público:

- *compatibilidade com o interesse público* – o uso privativo pelo particular não pode contrariar o interesse público, pois se assim fosse não poderia ocorrer [...];
- *consentimento da Administração* – o uso privativo do bem por particular depende de consentimento da Administração, que é o título legal para esse uso. Há figuras jurídicas que veiculam esse consentimento e a legislação a respeito há que ser cumprida pela Administração e particulares [...];
- *observância das condições* fixadas pela Administração;
- *pagamento de preço* – o uso privativo de bem público admite a cobrança de preço por parte da Administração a que se vincula o bem havendo também uso gratuito;
- *precariedade* – é a regra para o uso privativo; por motivo de atendimento ao interesse público, a Administração pode cessar unilateralmente o uso privativo, mesmo dotado de prazo determinado, mesmo formalizado mediante contrato [...] (grifo nosso).

A *compatibilidade com o interesse público para os recursos hídricos* pode ser expressa pela necessidade da outorga adequar-se ao Plano de Bacia que restringe os tipos de uso a serem dados à água em função da qualidade almejada desta. As outorgas

estão condicionadas às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos, ao respeito à classe em que o corpo de água estiver enquadrado e à manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso, devendo, também, preservar o uso múltiplo dos recursos hídricos.⁷²

*O consentimento da Administração estará explicitado no documento de outorga dado pelo Poder Executivo competente (Federal ou Estadual). No caso da outorga para aproveitamento hidrelétrico da água, esta é de atribuição da ANEEL – Agência Nacional de Energia Elétrica.*⁷³

Estabelece a Política Nacional de Recursos Hídricos que o Poder Executivo Federal pode delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União.⁷⁴

*A observância das condições fixadas pela Administração, juntamente com a precariedade, consubstancia a possibilidade de suspensão total ou parcial da outorga.*⁷⁵

⁷² O art. 13 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 13. Toda outorga estará condicionada às prioridades de uso estabelecidas nos Planos de Recursos Hídricos e deverá respeitar a classe em que o corpo de água estiver enquadrado e a manutenção de condições adequadas ao transporte aquaviário, quando for o caso. Parágrafo único. A outorga de uso dos recursos hídricos deverá preservar o uso múltiplo destes”.

⁷³ “Essa Agência, que incorporou atribuições do extinto DNAEE – Departamento Nacional de Águas e Energia Elétrica, foi instituída pela Lei n. 9.427 de 26 de dezembro de 1996. Cabe à ANEEL disciplinar, de forma geral, o regime das concessões de serviços públicos de energia elétrica. No que se refere à questão do aproveitamento da água para geração de energia, a ANEEL tem responsabilidades na definição do aproveitamento ótimo energético dos cursos d’água, levando em conta os outros usos, na outorga de concessão para o aproveitamento de potenciais hidráulicos, nos estudos de viabilidade, anteprojetos e projetos de aproveitamento dos potenciais hidráulicos e em atividade de hidrologia” (TUCCI; HESPANHOL; CORDEIRO NETTO, 2001, p. 82-83). Neste caso, há uma perigosa quebra da unidade de planejamento dos recursos hídricos de uma Bacia com a setorização do poder público pelo tipo de uso da água e não pela Bacia em que se situa, o que acarreta uma não unificação do trato das águas em uma Bacia, centralizando em uma autarquia federal, algo que deveria ser competência do Comitê de Bacia. Foi mantida neste caso a ideia do preceito contido no Código de Águas, que prevê no art. 62 que: “As concessões ou autorizações para derivação que não se destine a produção de energia hidroelétrica serão outorgadas pela União pelos Estados ou pelos municípios, conforme o seu domínio sobre as águas a que se referir ou conforme os serviços públicos a que se destine a mesma derivação, de acordo com os dispositivos deste Código e as leis especiais sobre os mesmos serviços”.

⁷⁴ O art. 14 da Lei 9.433/97 estabelece: “Art. 14. A outorga efetivar-se-á por ato da autoridade competente do Poder Executivo Federal, dos Estados ou do Distrito Federal. § 1º O Poder Executivo Federal poderá delegar aos Estados e ao Distrito Federal competência para conceder outorga de direito de uso de recurso hídrico de domínio da União”.

⁷⁵ O art. 15 da Lei 9.433/97 afirma: “Art. 15. A outorga de direito de uso de recursos hídricos poderá ser suspensa parcial ou totalmente, em definitivo ou por prazo determinado, nas seguintes circunstâncias: I - não cumprimento pelo outorgado dos termos da outorga; II - ausência de uso por três anos consecutivos; III - necessidade premente de água para atender a situações de calamidade, inclusive as decorrentes de condições climáticas adversas; IV - necessidade de se prevenir ou reverter grave degradação ambiental; V - necessidade de se atender a usos prioritários, de interesse coletivo, para os quais não se disponha de fontes alternativas; VI - necessidade de serem mantidas as características de navegabilidade do corpo de água”.

O pagamento de preço estará fundado no uso privado de um bem público comum, tornado exclusivo pelo ato de outorga, que enseja uma contraprestação pecuniária ao Poder Público, para compensação da sua utilização excludente dos outros membros da coletividade.

Referências

169

ASSUNÇÃO NETA, F; BURSZTYN, M. A. A. Conflitos pelo Uso dos Recursos Hídricos. In: Suzi Huff Theodoro. (Org.). *Conflitos e Uso Sustentável dos Recursos Hídricos*. Rio de Janeiro: Garamond, 2002.

BARTH, Flávio Terra. *Aspectos institucionais para o desenvolvimento dos recursos hídricos*. In: Encontro Nacional sobre Recursos Hídricos e Desenvolvimento Sustentável. Anais do ... Brasília: ABEAS, 1996. p. 121.

BENJAMIN, Antônio Herman V. *Função ambiental. Dano ambiental: prevenção, reparação e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

BEVILÁQUA, Clóvis. *Código civil dos Estados Unidos do Brasil*. Rio de Janeiro: Rio, 1975.

_____. *Teoria geral do direito civil*. Rio de Janeiro: Rio, 1980.

BOBBIO, Norberto. *Era dos Direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BRASIL. Agência Nacional de Águas. *Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos*. Brasília, 2001.

BRASIL. *Código de águas: decreto n. 24.643 de 10 de julho de 1934*. São Paulo: Saraiva, 1987.

BRASIL. *Código civil brasileiro: lei n. 3.071 de 1º de janeiro de 1916*. São Paulo: Saraiva, 2002.

BRASIL. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. *Resolução n. 19, de 14 de março de 2002*. Aprova o valor de cobrança pelo uso dos recursos hídricos da Bacia Hidrográfica do Rio Paraíba do Sul. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/resolucoes/index.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

BRASIL. Conselho Nacional de Recursos Hídricos. *Resolução n. 16, de 8 de maio de 2002*. Estabelece critérios gerais para a outorga de direito de uso de recursos hídricos. Disponível em: <<http://www.cnrh-srh.gov.br/resolucoes/Index.htm>>. Acesso em: 1 ago. 2014.

BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: Senado Federal, 2002.

BRASIL. Decreto n. 2003, de 10 de setembro de 1996. *Regulamenta a produção de energia elétrica por produtor independente e por autoprodutor e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 11 set. 1996. Seção 1. p. 17917.

BRASIL. Lei n. 9.074 de 7 de julho de 1995. *Estabelece normas para outorga e prorrogações das concessões e permissões de serviços públicos e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 8 jul. 1995, Seção 1, p. 10125.

BRASIL. *Lei da política nacional de recursos hídricos: lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997*. São Paulo: Saraiva, 1999.

BRASIL. Lei n. 9.984, de 17 de Julho de 2000. *Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências*. Diário Oficial da União, Brasília, 18 jul. 2000, Seção 1. p. 1.

BRASIL. *Novo código civil brasileiro: lei n. 10.406 de 10 de janeiro de 2002*. São Paulo: Saraiva, 2002.

CDRH. *Caderno Distrital de Recursos Hídricos. Plano de Gerenciamento Integrado de Recursos Hídricos do Distrito Federal (PGIRH)*. Brasília: ADASA/SEMARH, 2005.

CHRISTOFIDIS, D. *Irrigação, a fronteira hídrica e a produção de alimentos. Irrigação e Tecnologia Moderna*, n. 54, p. 46-55, 2002.

FINS, Klaus Monteiro; MOREIRA ALVES, Clementina; DE BONIS, Alexandre. "A Lei Federal de Recursos Hídricos (Política de Gerenciamento de Recursos Hídricos no Brasil. Lei 9.433, de 08 de janeiro de 1997)", in *Anais do Congresso Internacional de Direito Ambiental, Instituto "O Direito por um Planeta Verde"*, 1997.

FREITAS, Marcos Aurélio Vasconcelos de (Coord.). *Introdução ao gerenciamento de recursos hídricos*. Brasília: ANEEL; ANA, 2001.

GRANZIERA, Maria Luiza Machado. *Direito de Águas e Meio Ambiente*. São Paulo: Editora Ícone, 1993.

HUBERMAN, Leo. *História da riqueza do homem*. Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos, 1986.

KASER, Max. *Direito privado romano*. Tradução de Samuel Rodrigues; Ferdinand Hämmerle. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1999.

KELMAN, Jerson. *Outorga e cobrança de recursos hídricos*. In: THAME, Antonio Carlos de Mendes (Org.). *A cobrança pelo uso da água*. São Paulo: Instituto de Qualificação e Editoração, 2000, p. 93-113.

MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito Ambiental Brasileiro*. São Paulo: Malheiros, 2002.

MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Interesses Difusos: conceito e legitimação para agir*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1988.

MEDAUAR, Odete. *Direito administrativo moderno*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

MIRANDA, A. B. e TEIXEIRA, B. R. do N. Indicadores para o monitoramento da sustentabilidade em sistemas urbanos de abastecimento de água e esgotamento sanitário. *Nota técnica*, Vol. 9 - Nº 4 - out/dez 2004, p. 269-279.

MOREIRA Alves, José Carlos. *Direito Romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

PIETRO, Maria Sylvia Zanella Di. *Uso privativo de bem público por particular*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

POSTEL, Sandra. *Water and agriculture*. In: GLEICK, Peter (Ed.). *Water in crisis: a guide to the world's fresh water resources*. New York: Oxford University, 1993.

RUGGIERO, Roberto de. *Instituições de direito civil*. Tradução de Ary dos Santos. São Paulo: Saraiva, 1936.

SILVA, José Afonso da. *Ética prática*. Tradução de Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

TONELLO, K. C. *Análise hidroambiental da bacia hidrográfica da Cachoeira das Pombas, Guanhães, MG*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal de Viçosa, fevereiro, 2005.

TUCCI, Carlos E. M.; HESPANHOL, Ivanildo; CORDEIRO NETTO, Oscar de Moraes. *Gestão da água no Brasil*. Brasília: UNESCO, 2001.

VALLADÃO, Alfredo. *Direito das águas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1931.

WALD, Arnold. *Curso de direito civil brasileiro: introdução e parte geral*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

O ACESSO À JUSTIÇA COMO MEIO DE ERRADICAÇÃO DA POBREZA

Rafael Mesquita da Rosa

Mestrando em Direitos Sociais e Processos Reivindicatórios pelo Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB); especialista em Direito Penal; professor de graduação do curso de Direito do Centro Universitário Instituto de Educação Superior de Brasília (IESB);

172

Resumo

O momento atual é de *desrupturas* dos antigos paradigmas do neoliberalismo, buscando novas alternativas que visem a implementação de um dos objetivos da República Federativa do Brasil: a erradicação da pobreza. A solução proposta versa sobre a atuação do Poder Judiciário em sede de efetivação dos direitos sociais, promovendo a tão ideologizada justiça social. Para tanto, o objeto em análise desse artigo é tido como um facilitador dessa equidade, da justiça social e distributiva: o direito constitucional de *acesso à justiça*. O que se busca é demonstrar a evolução do acesso à justiça, os problemas e desafios que ainda o obstruem e a sua relação com a erradicação da pobreza.

Palavras-chave: Erradicação da pobreza. Direitos Sociais. Emancipação. Contrato Social. Desrupturas. Justiça Social. Acesso à Justiça.

Introdução

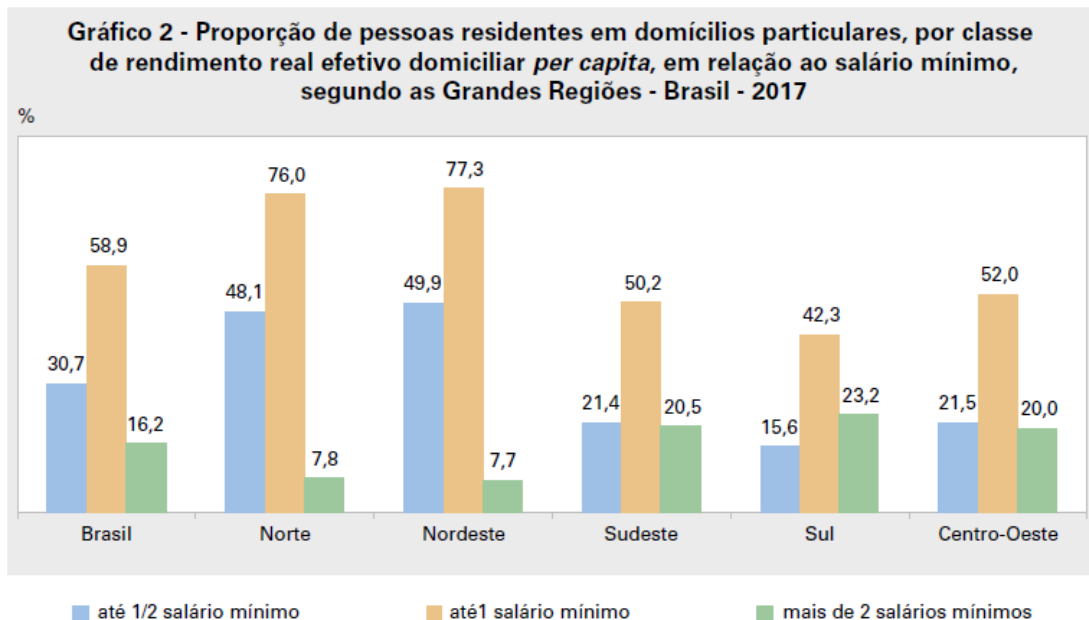
A erradicação da pobreza além de ser um dos objetivos da República previsto no art. 3º da Constituição Federal é um dos tópicos mais importantes da Agenda 2030 de Desenvolvimento Sustentável. Debates de âmbito nacional e internacional vem sendo travados na tentativa de sanar essa chaga que aflige não somente o Brasil, mas diversos países das Américas, sendo rotulados por vezes de periféricos e semi-periféricos.

Dados coletados e tabulados pelo IBGE apontam que o Brasil é um país de renda média-alta. Essa classificação, de acordo com o Banco Mundial, faz com que a linha de pobreza para identificar as pessoas que vivem em tal situação seja equivalente a U\$ 5,50 por dia, o que equivale aproximadamente a R\$ 615,00 ao mês por pessoa.

Essa média diária apontava que 26,5% dos brasileiros, algo em torno de 55 milhões de pessoas, estavam vivendo em situação de pobreza em 2017. Os dados ainda demonstravam que desse quantitativo, mais de 25 milhões de pessoas se concentravam

na Região Nordeste. O Nordeste era também a região com maior percentual de sua população com renda inferior a esta linha, 44,8%, ao passo que esta proporção era de 12,8% no Sul, por exemplo.

Veja-se que, de acordo com os gráficos abaixo, nas Regiões Norte e Nordeste, há um elevadíssimo quantitativo de famílias que vivem com o rendimento médio per capita de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo. Algo em torno de metade da população dessas regiões apresentava em 2017, de acordo com dados do IBGE, rendimento de até $\frac{1}{2}$ salário mínimo per capita, enquanto nas demais regiões o percentual variava entre 15,6% e 21,5%. Em contrapartida, nas mesmas regiões, apenas 7,8% (Norte) e 7,7% (Nordeste) possuíam rendimento mensal domiciliar per capita superior a dois salários mínimos.



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

Notas: 1. Consolidado de primeiras entrevistas.

2. Excluídas as pessoas cuja condição no arranjo domiciliar era pensionista, empregado doméstico ou parente do empregado doméstico.

3. Rendimentos deflacionados para reais médios de 2017.



Diante do que fora exposto, nítida a constatação de que as Regiões Norte e Nordeste abrigam hoje o maior número de pessoas excluídas do contrato social, de pessoas que estão à margem da sociedade. Nesse contexto, é importante destacar a importância dos direitos sociais ao vislumbrarmos a busca pela justiça social, coadunando com a ideia de erradicação da pobreza.

Alguns dos direitos fundamentais de 2ª dimensão, cujo pano de fundo é a equidade, estão previstos, no âmbito normativo nacional, na Constituição Federal, mais especificamente no art. 6º que possui a seguinte redação: “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”.

Tais direitos, em se tratando de uma Constituição programática, ensejam a articulação dos Poderes Executivo e Legislativo a fim de implementá-los por meio de políticas públicas, carecendo de dotação orçamentária. Fato é que em se tratando de políticas públicas que busquem a efetividade dos direitos sociais ambos os responsáveis

demonstram condutas débeis, ensejando por vezes a atuação do Poder Judiciário, o que por muitos é denominado de ativismo judicial.

A proposta do presente trabalho não é discutir se o ativismo judicial tal qual ocorre nos dias de hoje é bom ou ruim. Parte-se da premissa que a atuação do Poder Judiciário é imprescindível, em face da ineficiência dos demais Poderes, para que os direitos sociais, usurpados dos mais necessitados (foi citado anteriormente o exemplo das Regiões Norte e Nordeste), sejam efetivados, promovendo a erradicação da pobreza.

O direito e os seus atores devem voltar as suas preocupações para o quão importante o Poder Judiciário poder ser para que a justiça social seja vivenciada pelos mais aflitos. O direito não pode tão somente ser adotado enquanto meio de regulação, mas também de emancipação, principalmente os direitos sociais enquanto auxílio aos que foram excluídos.

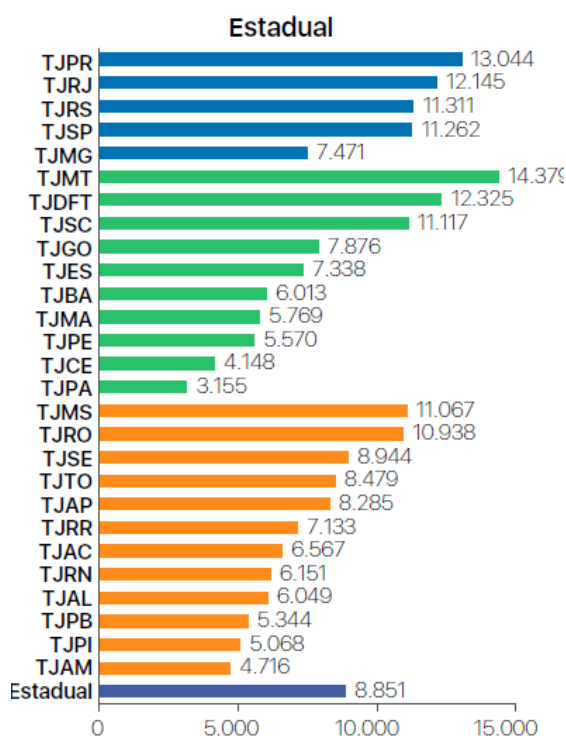
Santos (2003) faz uma consideração relevante sobre o quão ruim pode ser o fim da tensão entre regulação social e emancipação social. O nobre professor explica que a atenuação desse atrito ocorreu sob a égide do Estado liberal, contexto no qual, esse passou a deter o monopólio da criação e aplicação do direito, domando a emancipação e concebendo-a em legal ou ilegal. Percebe-se, pois, o fim daquela dialética, isto é, somente será emancipatório aquilo que o Estado, por meio do exercício da regulação, estabelece que seja. Não obstante, a pretensão de conter a emancipação social não fora suficiente para calar o anseio democrático que pôs fim ao Antigo Regime. Nesse sentido, trava-se uma nova batalha: abrem-se os olhos aos excluídos do contrato social e às novas ferramentas emancipatórias, tal qual o acesso à justiça.

Há de se destacar que, em tempos modernos, muito se buscou a transformação social por meio do reformismo jurídico ou revoluções, sem o devido cuidado à perda da capacidade emancipatória do direito. Cite-se a título de exemplo a perda de efetividade dos direitos sociais. O autor supracitado afirma que o período atual é de transição, momento no qual não há soluções modernas para os novos problemas que vêm se apresentando. Nesse viés, Santos (2003) questiona: poderá o direito ser emancipatório? Respondendo, posteriormente, de forma positiva a essa questão.

Ao concordar com essa ideia de direito enquanto formula emancipadora, a proposta do presente artigo científico é justamente apresentar o *acesso à justiça* enquanto direito capaz de promover emancipação, de erradicar a pobreza, de promover a justiça social, desde que seja pensado de uma forma inovadora, buscando soluções modernas. O direito em apreço tal como vem sendo garantido pelo Estado não está promovendo a emancipação, mas sim perpetuando a exclusão.

Já foi proposto no início do trabalho uma reflexão sobre a maior concentração de pessoas que estão abaixo da linha da pobreza no Brasil. Ora, se as Regiões Norte e Nordeste padecem com essa mazela, acredita-se que o índice de pessoas que procuram o Poder Judiciário, das respectivas Regiões, para ver seus direitos sociais efetivados também seja elevado, isto é, há um número altíssimo de pessoas que vivem em situação de pobreza que recorrem ao Poder Judiciário para ver as suas demandas sociais resolvidas. Errado. Não é essa a proporção que os dados de 2017 do CNJ apresentam. Analise-se:

Figura 52: Casos novos por 100.000 habitantes, por Tribunal, em 2017



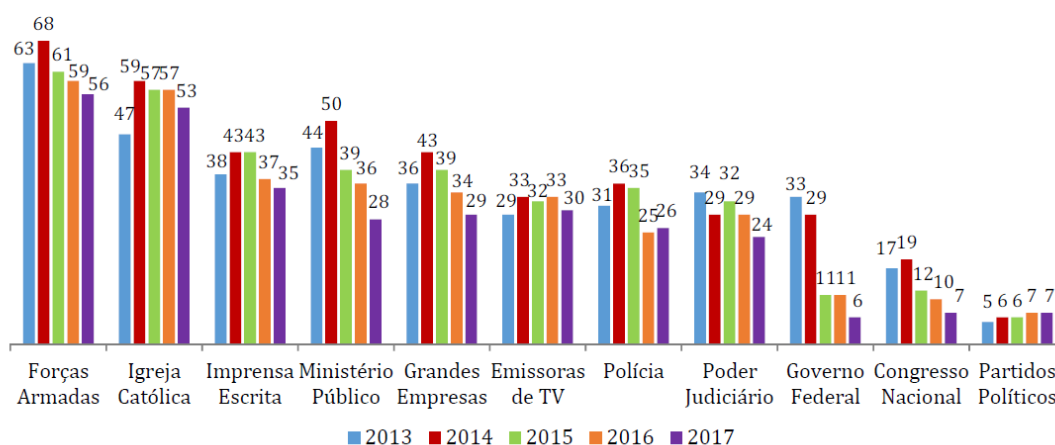
De acordo com o gráfico acima, os Tribunais de Justiça das Regiões Norte e Nordeste não figuram entre os oito primeiros em um ranking de número de demandas

novas. Ao contrário, os Tribunais com o maior número de demandas novas são aqueles localizados nas Regiões mais abastadas, a saber: Centro-oeste, Sul e Sudeste.

O viés da dessa pesquisa é demonstrar que, no Brasil, as Regiões que mais padecem com a pobreza e com todos os demais problemas sociais que lhe são subsequentes são aquelas localidades nas quais há um baixo índice de procura pelo Poder Judiciário para a solvência dos problemas sociais. Pergunta-se se o Poder Judiciário perdeu a credibilidade ou se há uma dificuldade no acesso à justiça.

Pesquisa recente realizada pela Fundação Getúlio Vargas (FGV) aponta que, em que pese a queda da confiança da população no Poder Judiciário (2013-2017), essa instituição ainda goza de amplo respeito e credibilidade perante a sociedade. Observe-se o gráfico abaixo:

Gráfico 08: Confiança nas Instituições (2013 a 2017)



As pessoas entrevistadas para a composição do gráfico acima alegaram que o Poder Judiciário é *lento, caro e difícil de utilizar*. De acordo com a pesquisa, a confiança no Judiciário é afetada pela morosidade na prestação jurisdicional, o que se relaciona com a dificuldade de acesso à justiça

Excluída preliminarmente a premissa de que a população que vive em situação de pobreza não recorre ao Poder Judiciário por não confiar nesse, resta observar que há dificuldade no acesso à justiça e que essa pode ocasionar maior afastamento daqueles que já estão excluídos do contrato social, isto é, a falta de acesso à justiça está relacionada com a perpetuação da pobreza.

A expressão “acesso à Justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos.

Ao definir o significado da expressão “acesso à justiça”, Cappelletti e Garth (1998) partem do pressuposto que essa diz respeito ao quão acessível o Estado é a fim de que as pessoas possam ir perante ele, reivindicar os seus direitos, harmonizando interesses opostos, promovendo o que o autor ulteriormente denomina de justiça social.

Consagrado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal, o direito de acesso à justiça versa sobre a obrigatoriedade de apreciação, por parte do Poder Judiciário, de ameaça ou efetiva lesão de direito, não podendo a lei dispor de forma diversa. Dessa forma, qualquer pessoa quando vilipendiada de seu direito poderá buscar a sua salvaguarda diante dos tribunais e demais instituições estatais e para-estatais.

O acesso à justiça será tratado aqui enquanto elemento apto a vencer a crise presente no contrato social. Diante do pré-contratualismo e do pós-contratualismo, observados como processos de exclusão que vêm colocando em risco a contratualização moderna. Faz-se necessário o surgimento de novas desrupturas/soluções.

O direito em apreço, observado sob novos enfoques, seria ferramenta hábil para promover a inclusão. Está a se afirmar que o acesso à justiça é um dos trilhos que compõem a transição/substituição do velho contrato social, de elemento que combate o facismo social e dá ouvidos aos anseios da sociedade civil incivil, uma justiça e por óbvio o seu acesso construídos levando-se em conta o cosmopolitismo subalterno, uma política de globalização contra-hegemonica Santos (2007).

A ideia de acesso à justiça dentro dessa perspectiva contra-hegemonica visa a inclusão social, blindando a dignidade da pessoa humana e assegurando a eficácia dos direitos fundamentais outrora previstos na Constituição da República Federativa do Brasil. Sim, ao refletir sobre as respostas à indagação *o que é justiça social?* O estudioso

do direito, novamente será questionado sobre *como promover o seu alcance/acesso a todos? Quais os instrumentos utilizados na tentativa de ampliar o acesso à justiça? Como empreenderam sucesso? Quais as reformulações que ainda são necessárias?*

A fórmula é simples: a desigualdade, enquanto elemento pejorativo, gera injustiça e essa promove a exclusão. Na tentativa de ser reinserido no contrato social e ver a extirpação da desigualdade surge à procura pelo Poder Judiciário ou por qualquer outro meio que promova a justiça. Cumpre a essa pesquisa, destacada a necessidade de se fazer justiça, apontar o que há de possibilidades que permitam, mesmo aos excluídos a segurança do seu direito de acesso à justiça.

Dentro da perspectiva de que é necessária uma revolução democrática da *justiça*, também se faz necessário refletir que, tão ruim quanto ter consciência de que não existe justiça (império das injustiças – direitos diuturnamente violados por práticas impunes) é saber que ela existe, mas que o seu acesso é extremamente limitado, em face das ideologias que permeiam o direito e a política.

Há muito o Poder Judiciário deixou de fazer parte do aparato burocrático do Estado, passando a ser visto como ferramenta que pode desvencilhar os Estados periféricos e semi-periféricos da América Latina do subdesenvolvimento. Observa-se, no entanto, que o protagonismo do Judiciário a partir da década de 80, também ocorreu em face da crise do Estado Social, com a precarização dos direitos econômicos, culturais e sociais.

Ora, se o texto constitucional elenca direitos sociais, os mesmos devem ser implementados por meio de políticas públicas. No caso brasileiro, no qual as políticas públicas são débeis ou inexistem, tem-se que há um aumento crescente no índice de litigância. O Poder Judiciário passou a gozar de credibilidade para que os direitos fossem alcançados e preservados, conferindo-lhes efetividade.

Diante desse aumento de credibilidade, passou-se a observar um desruptura no que tange a legitimidade do Estado, que passou dos Poderes Executivo e Legislativo para o Poder Judiciário. Criou-se uma cultura de idolatria e salvação em torno do Poder retromencionado. Entretanto, a expectativa criada logo fora frustrada em razão da realidade que se apresenta:

Santos (2007) sugere que o acesso à justiça seja analisado em face da procura suprimida, cuja clientela é composta de cidadãos das classes populares que possuem direitos, mas que não vislumbram a possibilidade de vê-los efetivados quando violados. Quando finalmente conseguem acesso aos tribunais, se sentem intimidados com o formalismo linguístico, com as estruturas exuberantes, com a burocracia e tantos outros “fatores impeditivos”. A revolução democrática da justiça faz-se necessária, abarcando inclusive o seu acesso, tendo por escopo a eficácia dos direitos sociais assegurados no texto constitucional. Quando o acesso for repensado, dar-se-á passos largos na produção de justiça social em sede de decisões judiciais.

Não se está aqui a afirmar que os problemas sociais se dão em razão da ineficiência do sistema judicial, mas, sim, que esse pode passar a ser parte da solução. Para tanto, o ativismo e a politização do judiciário são essenciais, bem como a sua aproximação com a sociedade, organizações e demais instituições que possam auxiliá-lo nesse momento de resgate de identidade.

1. O “problema” do acesso à justiça

Em uma retrospectiva histórica o debate concernente ao acesso à justiça ganha contornos primários nos Estados liberais burgueses dos séculos XVIII e XIX. Nesse quadro histórico, o direito em apreço é tido por natural, logo, anterior ao Estado cuja incumbência seria a de tão somente atuar de forma passiva, impedindo uma eventual violação. Nesse diapasão, o Estado não deve se preocupar com a forma pela qual cada pessoa exerce o seu direito de acesso à justiça, mas apenas preservá-lo.

Por conseguinte, Cappelletti e Garth (1998) narra que o acesso à justiça da época era meramente formal, podendo ser usufruído em sua amplitude somente pelos abastados, aqueles que conheciam os seus direitos e que eram capazes de arcar com os custos de um Judiciário oneroso.

Ainda nesse período, abrem-se os olhos aos estudiosos do Direito. O intuito era de perquirir o porquê da inefetividade do acesso à justiça. Não obstante, tal preocupação provocou uma pífia evolução na teoria do acesso à justiça, cujo foco não foi a experiência da realidade, mas sim os procedimentos, as formas, outrora adotadas.

Desde tais primórdios observa-se o afastamento entre a pesquisa jurídica e a realidade. A empiria não observava os fatos sociais e buscava inovações nas regras atinentes ao acesso.

Ainda nessa narrativa histórica, a melhor doutrina aponta a importante transformação provocada pela evolução da noção do que seriam os direitos humanos. Explico. Os direitos deixaram de ser vistos sob um viés individual e passaram a ser observados sob uma perspectiva coletiva, preocupando-se com a igualdade material. É chegada a era dos direitos sociais, direitos esses que eram promovidos pela atuação estatal, campo no qual se insere o acesso à justiça.

Alçado ao centro das atenções, busca-se uma reformulação nas formas de acesso à justiça, discutindo-se procedimentos de resolução de litígios convencionais e outros alternativos, afinal, cumpre ao Estado promover a justiça social, redistributiva, efetivando os “novos” direitos (sociais) e aqueles que até então não passavam de uma mera previsão normativa. Cumpre salientar neste ponto, a íntima relação entre a promoção dos direitos sociais, assegurados por diversas vezes pelo Poder Judiciário, e a erradicação da pobreza.

Diante das Constituições que surgiam com ideologias sociais, passou-se a observar de maneira nítida a fórmula que propunha o acesso à justiça enquanto meio de efetivação de direitos e produção de impacto social, minimizando as desigualdades provocadas pelo capitalismo.

Mas afinal, o que seria a busca pela efetividade do acesso à justiça? Quais os obstáculos que esse direito vem enfrentando nas sociedades modernas?

Cappelletti e Garth (1998) colacionam ainda, dentro da evolução do direito objeto desse artigo, que a efetividade do mesmo atine à igualdade de armas, isto é, a condução do deslinde do litígio, bem como o procedimento adotado, não será influenciado por questões alheias ao Direito, devendo as partes serem tratadas de forma equânime. Ora, o acesso à justiça não versa tão somente sobre a possibilidade de bater às portas do Poder Judiciário, mas também se refere à capacidade de influenciar a atuação do magistrado na condução do processo e no teor das suas decisões.

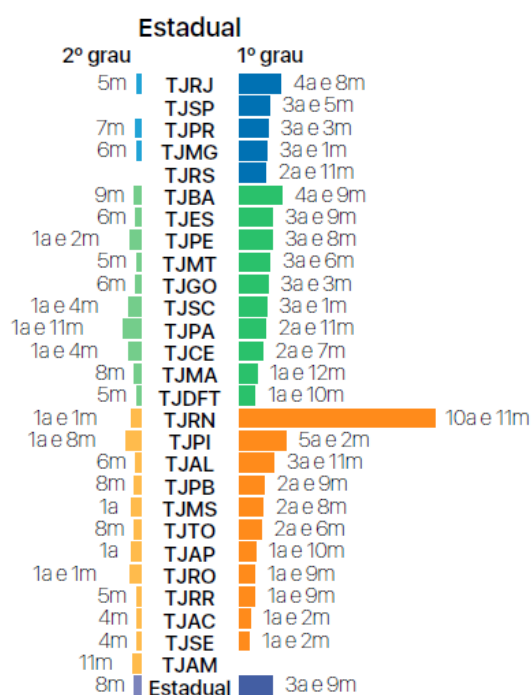
Dedicados ao estudo que objetiva um aprimoramento constante do acesso à

justiça, os autores supramencionados passam a estudar propostas de efetividade aliadas à igualdade das partes quando em juízo. Elencam, pois, alguns óbices à promoção do direito em apreço. Veja-se:

1. *ônus da sucumbência, custas judiciais e honorários advocatícios*: o Judiciário é um Poder oneroso, cujas despesas em parte são sustentadas pelas partes por meio do recolhimento das custas. Destaca-se ainda a obrigação do vencido em arcar com o revés, essa é a ideia básica do ônus da sucumbência. Essas obrigações acabam por promover uma coação nos titulares de direitos subjetivos que não podem arcar com tais ônus. Trata-se, sem sombra de dúvida, de um muro erigido entre o suposto titular do direito, haja vista as incertezas do processo, e o acesso à justiça, sem contar com o alto custo inerente aos honorários pagos ao advogado contratado;
2. *pequenas causas*: o valor irrisório de certas demandas podem transformá-las em futilidade, ao ponto que tornar-se mais oneroso solver a causa formalmente, dispendendo a atuação do custoso Poder Judiciário;
3. *tempo*: a demora excessiva em obter uma decisão judicial exequível aumenta os custos da lide e acaba promovendo, por diversas vezes, a aceitação de acordos prejudiciais ou não justos aos demandantes economicamente desprovidos. Nunca é demais lembrar que justiça tardia não é justiça.

A lentidão do Poder Judiciário impressiona. Se o acesso à justiça visa abrir a porta de entrada dos tribunais, não se pode, por outro lado, fechar os olhos à duração razoável do processo. Diante dessa assertiva veja-se o levantamento realizado pelo CNJ:

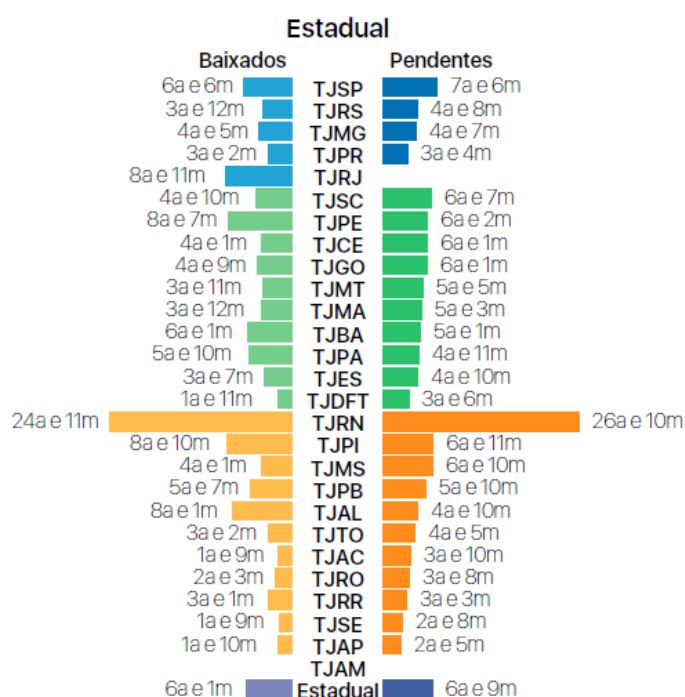
Figura 121: Tempo médio da sentença: 2º grau x 1º grau, por Tribunal, em 2017



Os dados coletados pelo Conselho Nacional de Justiça descrevem a média de tempo que um processo de conhecimento dura perante a Justiça Estadual até que a sentença seja prolatada. Em sede de 2ª instância a média é de 8 meses, enquanto na 1ª instância esse prazo aumenta significativamente chegando ao patamar médio de 3 anos e 9 meses. Observe: os dados dizem respeito apenas à fase de conhecimento.

Não obstante, a fase de execução, concernente ao momento no qual o direito consubstanciado em uma sentença será efetivado dura uma média de 6 anos e 1 mês. Para chegar a essa média durante a execução leva-se em conta o tempo de baixa, isto é, o período compreendido entre a data de início da execução e o momento no qual o jurisdicionado tem o seu conflito resolvido, com o direito devidamente efetivado.

Figura 125: Tempo médio de tramitação dos processos pendentes e baixados na fase de execução de 1º grau, em 2017



Há de se ressaltar que o passeio vagaroso do Judiciário pela democracia não só arranha a sua imagem, mas também ocasiona mal estar e insegurança entre as partes. Nessa perspectiva, recorda-se que a imagem do mencionado Poder perante a sociedade vem em uma decrescente e tamanha demora em efetivar um direito com certeza contribui para essa rotura em sua imagem.

Todavia, não se pode descuidar da qualidade em nome da velocidade. Daí a opção do constituinte brasileiro pela expressão *razoável duração do processo*. A justiça não pode ser tratada como uma meta numérica a ser alcançada por um Estado empresário. O que se pretende e se apura é a extirpação das morosidades sistêmica (burocracia, formalismo exagerado etc) e ativa (elevadas possibilidades recursais, testemunhas e partes que faltam à audiência etc), a eliminação de atrasos que podem ser resolvidos por meio da racionalização do sistema, haja vista que muitas das causas dessa lentidão são prescindíveis.

4. *possibilidade das partes*: estudos do Prof. Marc Galanter demonstram que o acesso

efetivo à justiça varia de acordo com as possibilidades das partes. Quais seriam esses fatores de vantagem e desvantagem? Cappelletti e Garth (1998) apontam os seguintes, citando o renomado professor:

4.1 *recursos financeiros*: em face do primeiro item supramencionado (ônus de sucumbência, custas judiciais e honorários advocatícios) resta óbvio que os abastados financeiramente possuem maior amplitude de acesso à justiça;

4.2 *aptidão para reconhecer um direito e propor uma ação ou sua defesa*: diz respeito à capacidade jurídica de cada pessoa, como por exemplo a aptidão de reconhecer um direito que fora violado, ou da ação que deva ser proposta em razão de tal violação, ou, ainda, de que forma poderiam ter acesso à justiça;

4.3 *litigância habitual*: os autores citam pesquisa realizada pelo Professor Galanter, cuja finalidade foi demonstrar que aqueles que frequentemente são demandantes ou demandados possuem maior vantagem em se tratando ao acesso à justiça. Segundo o mestre citado anteriormente os motivos seriam:

1) maior experiência com o Direito possibilita-lhes melhor planejamento do litígio; 2) o litigante habitual tem economia de escala, porque tem mais casos; 3) o litigante habitual tem oportunidades de desenvolver relações informais com os membros da instância decisora; 4) ele pode diluir os riscos da demanda por maior número de casos; e 5) pode testar estratégias com determinados casos, de modo a garantir expectativa mais favorável em relação a casos futuros. (p. 11)

5. *problemas especiais dos interesses difusos*: por se tratar de direitos de uma coletividade apresentam-se algumas dificuldades, tal qual, por exemplo, a dificuldade em escolher uma estratégia em comum, ou de reunirem-se para um debate.

Diante das barreiras ao acesso à justiça que foram apontadas anteriormente, surgiu a preocupação dos Estados modernos do mundo ocidental em promover a efetividade de tal direito. Para tanto, doutrinadores passaram a estudar diversas possibilidades que podem ser resumidas em três grandes ondas, três grandes momentos.

A primeira onda surgiu por volta da década de 60 e buscava transpor as dificuldades de acesso à justiça, promovendo a gratuidade de justiça/assistência

judiciária aos menos favorecidos economicamente. A grande inovação fruto dos estudos desenvolvidos nesse período é que os honorários advocatícios dos serviços prestados aos hipossuficiente ficariam ao encargo do Estado.

Importante destacar que a ideia de assistência judiciária gratuita aos *pobres* já existia, mas em grande parte dos países ocidentais não havia nenhuma contraprestação do Estado para com o advogado. Agora, com o avanço dessa nova onda, as pessoas de baixa renda seriam representadas por um advogado, ainda que não pudessem arcar com os gastos, devendo esse ônus ser suportado pelo Estado.

Esse sistema, que fora denominado de *judicare*, no qual o Estado passava a arcar com as custas da assistência advocatícia prestada aos menos abastados economicamente, conseguiu romper minimamente com um dos obstáculos do acesso à justiça. Todavia, não apresentou soluções para tantas outras barreiras: o hipossuficiente continua sem aptidão para reconhecer os seus direitos; se sente intimidado em discuti-lo perante um advogado particular; as barreiras geográficas e culturais que separam os ricos e os pobres continuam separando essa clientela dos advogados particulares; ele não consegue ser visto como classe, mas sim como indivíduo etc.

Outro modelo de sistema de assistência jurídica, como bem observa Cappelletti e Garth (1998), é o programa de serviços jurídicos do *Office of Economic Opportunity* que fora implementado nos EUA em 1965, o que muito se assemelha com a instituição da Defensoria Pública no Brasil. Tal programa diz respeito à assistência aos hipossuficientes por escritórios da vizinhança. A ideia é que esses advogados, custeados pelo Estado, pleiteassem os direitos dessa clientela, observando-os como uma classe e não apenas enquanto indivíduos, esclarecendo-os no que tange os seus direitos, rompendo ao máximo a barreira existente entre advogado e clientes pobres.

Com certeza essa nova modalidade trouxe avanços quanto à efetividade do acesso à justiça, mas ainda deixou a desejar.

Indo além, alguns países como Suécia, França, Holanda e Grã-Bretanha, optaram por reunir as modalidades do *judicare* e do *escritório de advogados públicos*. Quando combinados, esses modelos apresentaram um grande avanço no acesso à justiça, pois auxiliavam o hipossuficiente no pleito por direitos individuais tanto quanto na luta por

direitos inerentes à classe.

Em face da preocupação com os direitos difusos não provenientes da classe dos hipossuficientes, surgiu em meados da década de 60 a segunda onda. Voltada para uma crítica ao Processo Civil da época bem como ao desempenho das atividades dos tribunais, esse novo movimento passou a preocupar-se com o acesso à justiça por parte da coletividade ou grupos que postulavam interesses difusos.

O Processo Civil não fora pensado para a resolução de demandas coletivas, cujos interesses eram difusos. Logo, fez-se necessário experimentar algumas inovações nas regras processuais, tais quais: indivíduos, grupos ou instituições governamentais passam a ter poder de pleitear e defender interesses difusos em juízo; o juiz deve atuar nas demandas que envolvem interesses difusos de forma distinta; os conceitos inerentes à *citação, direito de ser ouvido e coisa julgada* passam por alterações.

Em que pese as inovações apontadas, a segunda onda ainda se deparava com alguns entraves. Veja-se, por exemplo, a inaptidão do Estado na atuação de representante dos interesses difusos.

Em diversos países coube ao Estado, na figura muitas das vezes do Ministério Público ou de Agências Públicas, atuar enquanto representante daqueles que possuíam direitos difusos. Essas instituições, de acordo com Cappelletti e Garth (1998), demonstraram inaptidão em suas atuações, haja vista que ora sofriam de extrema pressão política ou padeciam de inaptidão nas áreas externas do jurídico, ora passavam a defender os interesses das entidades as quais deveriam controlar.

Ainda na tentativa de legitimar a atuação de indivíduos perante as Cortes no intuito de tutelar direitos difusos, os EUA implementaram a figura do Advogado Público e do Procurador Geral Privado, possibilitando a propositura de ações coletivas no interesse público por grupos privados.

Também merece destaque a experiência Norte-americana na criação da Assessoria Pública que na verdade consistem em instituições subsidiadas pelo governo, mas fiscalizadas por grupos particulares.

Cappelletti e Garth (1998) acrescentam que, a seu ver, a instituição das Assessorias Públicas foi a melhor inovação proposta durante a segunda onda, citando o

Escritório de Assessoria Pública implementado pelos Estados Unidos como exemplo.

Veja-se:

Essa repartição organizou as comunidades para reconhecer e afirmar seus direitos; sua função tem sido investigar, auxiliar, mobilizar e, por vezes, subsidiar grupos que, de outra forma, seriam fracos defensores dos interesses dos usuários das ferrovias. Essa assessoria pública tem sido muito eficiente em virtude de seu status de independência, orçamento adequado e uma equipe sensível e bem treinada. Resta saber, naturalmente, se outras instituições do mesmo tipo seriam capazes de evitar pressões políticas e permanecer suficientemente independentes. A grande e nova virtude dessa instituição é que ela pode auxiliar a criar grupos permanentes capazes de exercer pressão e, dessa forma, reivindicar seus próprios direitos, através de procedimentos administrativos e judiciais (CAPPELLETTI; GARTH, 1998, p. 24)

Como um desdobramento dos movimentos anteriores, surge o terceiro passo, a terceira onda, cujo viés principal continuava a ser a busca por um amplo acesso à justiça, todavia, os estudiosos, agora, focavam os seus olhares nas instituições, pessoas, mecanismos e procedimentos voltados ao processamento e prevenção de demandas.

Segundo Cappelletti e Garth (1998) já com o advento da segunda onda notava-se a dificuldade de certos indivíduos e grupos pleitearem os *novos direitos*, direitos que surgiam com a nova concepção de Estado.

Nesse sentido, o Professor Galanter já alertara que o ordenamento jurídico pode facilmente ser alterado de forma simbólica, sem que na verdade ocorram mudanças efetivas, mas sim uma mera (re)distribuição de vantagens. De fato, a importância do estudo delineado até o presente momento visa combater alterações simbólicas, promovendo a efetivação dos direitos sociais e por conseguinte a erradicação da pobreza, levando em consideração a importância do amplo acesso à justiça para tal finalidade.

Como fora mencionado anteriormente, a nova onda preocupa-se com a exequibilidade dos *novos direitos (sociais)* por meio de novos procedimentos, que não apenas os judiciais. Logo, faz-se necessária uma ampla reforma metodológica cuja meditação diz respeito aos meios de efetivação dos direitos, métodos esses que vão além da representação judicial.

Ao analisar o acesso à justiça enquanto direito fundamental é de grande
Revista de Direito: Trabalho, Sociedade e Cidadania. Brasília, v.5, n.5, jul./dez., 2018.

contribuição a pesquisa da professora Maria Tereza que aborda a análise de tal direito em três etapas distintas, porém, interligadas: o ingresso, pleiteando a busca de um direito; os caminhos posteriores à entrada; a saída.

Quanto à entrada, a renomada professora explana que a universalização do acesso à justiça está intimamente relacionada com o nível de desigualdade social e econômica de um país. Segundo ela, quando esse nível é alto, menor o conhecimento sobre direitos, afastando um elevado número de pessoas da porta de entrada. Nesse sentido, a teoria da professora se aproxima da primeira onda apontada por Cappelletti e Garth (1998) e dos gráficos que outrora foram colacionados e retratam a realidade das Regiões mais pobres do país. Ambos os autores demonstram uma preocupação inicial com o pífio acesso à justiça dos mais pobres, daqueles que são excluídos econômicos do contrato social.

Nesse contexto de análise do acesso à justiça sob o enfoque da entrada, são relevantes os dados do CNJ ao apontar que em 2017 já estavam em tramitação perante o Poder Judiciário 80,1 milhões de processos. Além desse número, salta aos olhos o fato de que, no mesmo ano, ingressaram 29,1 milhões de processos novos e foram proferidas 31 milhões de sentenças e decisões terminativas. Esses dados nos levam ao período de 2 anos e 7 meses que seriam necessários para que o referido Poder zere o seu estoque de processos. (p.74)

Ora, não se pode aceitar o engodo amparado por números. Em que pese o crescente volume de demandas que são iniciadas no Poder Judiciário, o que se percebe é que há litigantes habituais e um mínimo de demandas concernentes aos direitos sociais. Explico: dados do CNJ apontam que, em 2017 a cada 100.000 habitantes, 12.519 ingressaram com uma ação judicial, o que não quer dizer que houve uma ampliação do acesso à justiça ou a implementação de direitos sociais, afinal, um percentual considerável dessas demandas são concernentes aos mesmo litigantes.

O Conselho Nacional de Justiça, em levantamento realizado em 2011, observou que o setor público (Federal, Estadual e Municipal), bancos e telefonia representam 95% do total de processos dos 100 maiores litigantes nacionais. Desses processos, 51% têm como parte ente do setor público, 38% empresa do setor bancário, 6% companhias do

setor de telefonia e 5% de outras empresas.

Tabela 1 - Listagem dos 100 maiores litigantes contendo o percentual de processos em relação aos 100 maiores litigantes da Justiça.

Rank	Nacional	
1	INSS - INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL	22,33%
2	CEF - CAIXA ECONÔMICA FEDERAL	8,50%
3	FAZENDA NACIONAL	7,45%
4	UNIÃO	6,97%
5	BANCO DO BRASIL S/A.	4,24%
6	ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL	4,24%
7	BANCO BRADESCO S/A	3,84%
8	BANCO ITAÚ S/A	3,43%
9	BRASIL TELECOM CELULAR S/A	3,28%
10	BANCO FINASA S/A	2,19%

Diante da explanação apresentada e da análise dos números acima, alerta-se que a porta de entrada não será o melhor parâmetro para verificar se houve uma melhora qualitativa no acesso à justiça, afinal, a quantidade de demandas não necessariamente se correlaciona com a inclusão social.

Passando à análise do caminho percorrido uma vez que a porta de entrada é cruzada, o excluído defronta-se com o grave problema da lentidão. Essa demora do Poder Judiciário em prover o direito pleiteado pode encontrar diversos problemas e por consequência inúmeros diagnósticos, como, por exemplo, o número de recursos, o excesso de formalismo, dificuldades de infraestrutura e de gestão do orçamento, a formação dos atores do processo (cultura do litígio), o número de pessoal etc. Tais problemas produzem funestamente insegurança jurídica e econômica, bem como excitam o sentimento de descrença no eminente Poder.

Diante do que fora exposto até o presente momento, inegável a conclusão de que o acesso à justiça é amplo e pode ser abordado por diversas frentes. A fórmula que se vislumbra é:

IDEOLOGIA CONTRA-HEGEMÔNICA + NOVAS FÓRMULAS DE ACESSO À
JUSTIÇA = ERRADICAÇÃO DA POBREZA

Cappelletti e Garth (1998) sugerem que de início ocorra uma alteração dos procedimentos judiciais em geral, citando algumas mudanças processuais que ocorreram ao longo dos séculos XIX e XX na Europa, tais quais: a tentativa de eliminar a cobrança das custas processuais; uma maior ênfase na oralidade; o fim da neutralidade do magistrado, que passa a desempenhar um papel mais ativo; implementação do princípio da livre apreciação das provas, audiências de instrução com a concentração de atos etc.

Uma outra tentativa de solução proposta pelo autor versa sobre as alternativas de solução extrajudiciais, como por exemplo: a expansão de juízos arbitrais de forma compulsória ou facultativa; a criação de Cortes de conciliação (Japão), ou *centros de justiça da vizinhança* (EUA), ou *tribunais populares* (França); incentivos econômicos que impulsionem a lavratura de acordos entre os litigantes.

Os autores em apreço ainda destacam a necessidade da criação de *tribunais especializados*, que visem à justiça social, ou seja, cortes aptas a assegurar os direitos das pessoas comuns, com baixos custos, rapidez, compostos por julgadores ativos e capacitados para julgar essas *novas demandas*. Acerca dessa possibilidade pode-se pensar ainda em procedimentos especiais para pequenas causas, que envolvam limites ao número de recursos cabíveis, oralidade etc.

Considerações finais

Diante da crise do neoliberalismo, Santos (2003) vem apontando duas grandes áreas de atuação do Poder Judiciário. A primeira diz respeito ao campo hegemônico, isto é, um judiciário rápido e eficiente que possa atender aos interesses econômicos e negociais, garantindo segurança jurídica aos contratos, previsibilidade às transações

comerciais, garantindo os interesses dos grandes organismos monetários nacionais e internacionais. Sob esse viés, houve investimentos significativos para que o acesso à justiça fosse simplificado e célere, preterindo algumas áreas do judiciário em face de outras.

Em que pese os diversos estudos desenvolvidos quanto ao parágrafo anterior, o cerne dessa pesquisa versa sobre a segunda área, sobre o campo contra-hegemônico de atuação do Judiciário. Notoriamente, a Constituição de 1988 e demais inovações no ordenamento jurídico asseguraram ao cidadão uma amplitude de direitos que, quando mitigados ou afligidos, são reivindicados perante os tribunais. Desta forma, o acesso à justiça ganha tônus e passa a ser direito fundamental que garante a reinserção no contrato social daqueles que outrora foram excluídos, daqueles que padecem do fascismo social.

Em decorrência dos crescentes índices de excluídos do contrato social, nada mais necessário do que investimentos no Judiciário para que esse amplie a sua atuação contra-hegemônica. Não obstante, como Maffesoli (1998) leciona que nos momentos de extrema urgência, faz-se necessário dar passos cuidadosos, reflexivos.

Diante do declínio do neoliberalismo, é necessário repensar o acesso à justiça, reconstruindo bases teóricas antes mesmo de implementar novas reformas. Primeiro, analisar a evolução histórica desse direito, posteriormente, desconstruir os paradigmas que não são mais válidos em torno dele, para que, enfim, novos moldes em torno dele sejam construídos.

O direito não pode mais servir a uma ideologia hegemônica, não pode ser mais um instrumento das oligarquias. O renomado professor Wolkmer (1989) já escoliara que o direito enquanto projeção normativa acaba por instrumentalizar ideologias e viabilizar o controle do poder por um determinado grupo. Diante dessa assertiva, verifica-se que a ideologia ainda presente por trás do acesso à justiça é aquela que usa o Poder Judiciário como instrumento que atenda aos interesses hegemônicos. Não se pode permitir que o direito em apreço seja mais um meio que usa a estrutura jurídica para a manutenção das forças sociais e políticas que excluem.

Referências

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryan. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Fabris, 1988.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto**. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

MAFFESOLI, Michel. **Elogio da razão sensível**. Petrópolis, RJ: Vozes, 1998.

SADEK, Maria Tereza Aina. Acesso à Justiça: visão da sociedade. **Revista Justitia**, São Paulo, v.65, n. 198, p. 271-279, jun. 2008.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.

_____. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais** (65): 3-76. 2003

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989. 176p.

<https://portal.fgv.br/noticias/icjbrasil-2017-confianca-populacao-instituicoes-cai>

<https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101629.pdf>

<https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/23299-pobreza-aumenta-e-atinge-54-8-milhoes-de-pessoas-em-2017>

<https://www.ibge.gov.br/busca.html?searchword=sis%202017%20pobreza&searchphrase=all>

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2017-12/ibge-brasil-tem-14-de-sua-populacao-vivendo-na-linha-de-pobreza>

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83679-fase-de-execucao-e-a-que-mais-aumenta-tempo-de-tramitacao-de-processos>

http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=9605&catid=270

http://www.cnj.jus.br/images/pesquisasjudiciarias/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf>

<https://dicionario.priberam.org>

CONTRIBUIÇÃO SINDICAL E AS ALTERAÇÕES
PROMOVIDAS PELA LEI 13.467/2017

Bruno Paiva Gouveia

Doutorando e mestre em Direitos Difusos e Coletivos pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP); advogado.

194

Ulisses Borges de Resende

Doutor e mestre em Sociologia pela Universidade Nacional de Brasília (UnB); professor da graduação e pós-graduação do Curso de Direito do Centro Universitário ISEB; advogado

Resumo

Este trabalho visa analisar as principais questões envolvendo a contribuição sindical e as alterações promovidas pela Lei 13.467/2017.

Palavra-chave: Contribuição sindical; natureza tributária; compulsoriedade; inconstitucionalidade

Abstract: *This study analyzes the main issues involving the union contribution and the changes promoted by Law 13.467/2017.*

Key-words: *Union contribution of Law – Tax nature – Compulsory – Unconstitutionality*

Sumário: 1. Evolução da contribuição sindical; 2. Alterações promovidas pela Lei 13.467/2017 com relação à contribuição sindical; 3. Ilegalidades e inconstitucionalidades nas alterações promovidas pela Lei 13.467/2017; 4. Conclusão;

1. Evolução da contribuição sindical

A contribuição sindical é substancial fonte de receita das entidades sindicais, tendo sido instituída desde a carta constitucional de 1937⁷⁶, que conferiu aos sindicatos o poder de impor contribuições para toda a categoria.

O Artigo 138 da Constituição Federal de 1937 foi regulamentado pelo Decreto-lei nº 1.402/39, que deixou flagrante a natureza compulsória da contribuição

⁷⁶ CF/1937 - Art 138 - A associação profissional ou sindical é livre. Somente, porém, o sindicato regularmente reconhecido pelo Estado tem o direito de representação legal dos que participarem da categoria de produção para que foi constituído, e de defender-lhes os direitos perante o Estado e as outras associações profissionais, estipular contratos coletivos de trabalho obrigatórios para todos os seus associados, impor-lhes contribuições e exercer em relação a eles funções delegadas de Poder Público.

sindical ao incluir entre as prerrogativas dos sindicatos a imposição de “contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas.”⁷⁷

Por sua vez, o Decreto-lei nº 2.377/40 denominou a referida contribuição de imposto sindical e regulamentou a sua forma de cobrança, tanto para os empregados como para os empregadores, contemplando em sua redação os valores e época de pagamento do imposto, o desconto em folha de pagamento, a dedução em favor das entidades de grau superior, a fiscalização e regulamentação pelo então Ministério do Trabalho, Indústria e Comércio, entre outros aspectos.

Tais regras foram acolhidas pela legislação posterior, inclusive pela Consolidação das Leis do Trabalho – CLT, aprovada pelo Decreto-lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, que trata do tema no Título V – Da Organização Sindical, Capítulo III – Da Contribuição Sindical, em seus artigos 578 a 610.

Além disso, a Contribuição Sindical foi mantida pela Constituição Federal de 1988, que, não só a recepcionou, como tratou de forma explícita a respeito de sua cobrança em favor das entidades sindicais.⁷⁸

A Contribuição Sindical constitui, sem dúvida alguma, uma das fontes de receita fundamentais para a subsistência e manutenção do sistema sindical brasileiro, havendo receio de que a possibilidade de corte abrupto de tal contribuição acarrete o enfraquecimento das entidades sindicais e, por consequência, das categorias por elas representadas, ou até mesmo o fechamento de uma quantidade significativa delas.⁷⁹

2. Alteração promovida pela Lei 13.467/2017 com relação à contribuição sindical

A Lei 13.467/2017, que implementou a propagada reforma trabalhista, promoveu as seguintes alterações no que tange à previsão da contribuição sindical na Consolidação das Leis do Trabalho: (primeiro a legislação alterada e abaixo – hachurada –

⁷⁷ Decreto-lei 1.402/39 - Art. 3º São prerrogativas dos sindicatos: (...) f) impor contribuições a todos aqueles que participam das profissões ou categorias representadas.

Art. 38. Constituem o patrimônio das associações sindicais: a) as contribuições dos que participarem da profissão ou categoria, nos termos da alínea f) do art. 3º.

⁷⁸ CF/1988, Art. 8º, IV e Art. 149, *caput*.

⁷⁹ Em palestra proferida no Centro Universitário IESB, o Relator da Reforma Trabalhista na Câmara dos Deputados, Deputado Rogério Marinho, do PSDB/RN, afirmou que se estimava que 70% (setenta por cento) das entidades sindicais encerrariam suas atividades, com a transformação em lei da proposta por ele apresentada, quanto a este particular.

a legislação anterior)

Art. 545. Os empregadores ficam obrigados a descontar da folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao sindicato, quando por este notificados.

~~Art. 545 — Os empregadores ficam obrigados a descontar na folha de pagamento dos seus empregados, desde que por eles devidamente autorizados, as contribuições devidas ao Sindicato, quando por este notificados, salvo quanto à contribuição sindical, cujo desconto independe dessas formalidades.~~

Art. 578. As contribuições devidas aos sindicatos pelos participantes das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de contribuição sindical, pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo, desde que prévia e expressamente autorizadas.

~~Art. 578 — As contribuições devidas aos Sindicatos pelos que participem das categorias econômicas ou profissionais ou das profissões liberais representadas pelas referidas entidades serão, sob a denominação de "imposto sindical", pagas, recolhidas e aplicadas na forma estabelecida neste Capítulo.~~

Art. 579. O desconto da contribuição sindical está condicionado à autorização prévia e expressa dos que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591 desta Consolidação.

~~Art. 579 — A contribuição sindical é devida por todos aqueles que participarem de uma determinada categoria econômica ou profissional, ou de uma profissão liberal, em favor do sindicato representativo da mesma categoria ou profissão ou, inexistindo este, na conformidade do disposto no art. 591.~~

Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano a contribuição sindical dos empregados que autorizaram prévia e expressamente o seu recolhimento aos respectivos sindicatos.

~~Art. 582. Os empregadores são obrigados a descontar, da folha de pagamento de seus empregados relativa ao mês de março de cada ano, a contribuição sindical por estes devida aos respectivos sindicatos.~~

Art. 583. O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro, observada a exigência de autorização prévia e expressa prevista no art. 579 desta Consolidação.

~~Art. 583 — O recolhimento da contribuição sindical referente aos empregados e trabalhadores avulsos será efetuado no mês de abril de cada ano, e o relativo aos agentes ou trabalhadores autônomos e profissionais liberais realizar-se-á no mês de fevereiro.~~

Art. 587. Os empregadores que optarem pelo recolhimento da contribuição sindical deverão fazê-lo no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a se estabelecer após o referido mês, na ocasião em que requererem às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.

~~Art. 587. O recolhimento da contribuição sindical dos empregadores efetuar-se-á no mês de janeiro de cada ano, ou, para os que venham a estabelecer-se após aquele mês, na ocasião em que requeiram às repartições o registro ou a licença para o exercício da respectiva atividade.~~

Art. 602. Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da contribuição sindical e que venham a autorizar prévia e expressamente o recolhimento serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.

~~Art. 602 — Os empregados que não estiverem trabalhando no mês destinado ao desconto da imposto sindical serão descontados no primeiro mês subsequente ao do reinício do trabalho.~~

Como se percebe, a Lei 13.467/2017 trouxe duas aberrações jurídicas na mudança da legislação sobre a contribuição sindical: a) alterou matéria tributária por meio de Lei Ordinária (art. 8º IV e 149 da CF); b) tornou um tributo facultativo (art. 3º CTN).

Com efeito, é nítida a inconstitucionalidade e ilegalidade promovida pela Lei 13.467/17, que por meio de Lei Ordinária tornou facultativa a contribuição sindical, que possui natureza tributária, como veremos a seguir.

3. Ilegalidades e inconstitucionalidades nas alterações promovidas pela Lei 13.467/2017

Desde a sua instituição, na Constituição de 1937, a Contribuição Sindical vem sendo considerada um tributo, e, portanto, de natureza compulsória.

Dessa forma, a alteração promovida pela Lei 13.467/2017 em tão importante tributo resultará no estrangulamento do caixa da grande maioria das entidades sindicais, dificultando o alcance do nobre objetivo a que levou a sua constituição e que vem sendo conquistado ao longo de anos em atuação e prejudicando sobremaneira as categorias que representam, diante da redução de recursos disponíveis para atingir tal finalidade.

Com efeito, se uma das principais receitas das entidades sindicais deriva das contribuições sindicais pagas anualmente pelos trabalhadores, e a modificação trazida pela Lei 13.467/17 tornou essa contribuição facultativa, pretendendo modificar, assim, sua natureza tributária prevista na Constituição Federal, é evidente que haverá uma queda abrupta, repentina, sem precedentes, no faturamento das entidades sindicais, impedindo que as mesmas façam frente à suas obrigações não apenas perante seus associados mas também perante terceiros, deixando de honrar compromissos, contratos, e correndo o risco de torná-las absolutamente inadimplentes.

A Contribuição Sindical tem natureza tributária reconhecida pela doutrina e jurisprudência pátria, conforme se infere da jurisprudência consolidada pelo Supremo Tribunal Federal:

MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – CONTROLE – ENTIDADES SINDICAIS – AUTONOMIA – AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. A atividade de controle do Tribunal de Contas da União sobre a atuação das entidades sindicais não representa violação à respectiva autonomia assegurada na Lei Maior. MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO – FISCALIZAÇÃO – RESPONSÁVEIS – CONTRIBUIÇÕES SINDICAIS – NATUREZA TRIBUTÁRIA – RECEITA PÚBLICA. As contribuições sindicais compulsórias possuem natureza tributária, constituindo receita pública, estando os responsáveis sujeitos à competência fiscalizatória do Tribunal de Contas da União.⁸⁰

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL: NATUREZA JURÍDICA DE TRIBUTO. COMPULSORIEDADE. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO.⁸¹

EMENTA: Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, in fine, da Constituição; não obsta à recepção a proclamação, no caput do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a **própria contribuição sindical de natureza tributária** (art. 8º, IV) - marcas características do modelo corporativista resistente -, dão a medida da sua relatividade (cf. MI 144, Pertence, RTJ

⁸⁰ (MS 28465, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Primeira Turma, julgado em 18/03/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-066 DIVULG 02-04-2014 PUBLIC 03-04-2014)

⁸¹ (RE496456, publicado em 21/08/2009, Min. Carmem Lúcia).

147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das Disposições Transitórias (cf. RE 146733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694).⁸²

O Tribunal Superior do Trabalho também reconhece a natureza tributária da contribuição sindical, conforme se infere dos julgados abaixo:

RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL. PRESCRIÇÃO APLICÁVEL. ARTIGO 174 DO CTN.

A **contribuição sindical, instituída pelo artigo 578 da CLT, detém natureza tributária e parafiscal** (art. 149 da CF). Em sendo assim, o prazo de prescrição incidente na espécie deve ser o estipulado no artigo 174 do CTN, que dispõe que para a ação de cobrança do crédito tributário o prazo prescricional será de 5 (cinco) anos. Logo, intacto o disposto no artigo 7.º, XXIX, da Constituição Federal, já que a prescrição incidente não é a trabalhista. ENQUADRAMENTO SINDICAL. ATIVIDADE PREPONDERANTE. COOPERATIVA. Por força do disposto no art. 511 da CLT, é a atividade preponderante da empresa que determina o enquadramento sindical de seus empregados. Com efeito, o Regional empreendeu acurada análise do acervo probatório para a formação de seu convencimento e verificou que, em razão das atividades da Cooperativa - industrialização e comercialização de derivados do leite -, a legitimidade para representar os seus empregados, por se enquadrarem na categoria dos trabalhadores nas indústrias da alimentação, e não das sociedades cooperativas, é do Recorrido. Nesse contexto, para se acolher os argumentos expendidos pela Recorrente, faz-se necessário o reexame da prova dos autos, hipótese inadmissível na esfera extraordinária (Súmula n.º 126 do TST). HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL INESPECÍFICA. O aresto colacionado não enseja o processamento do presente Recurso de Revista, uma vez que é inespecífico a luz do disposto na Súmula n.º 296 do TST. No presente autos discute-se a cobrança de contribuição sindical, enquanto o paradigma diz respeito à contribuição assistencial, hipótese diversa da dos autos. Recurso de Revista não conhecido.⁸³

AGRAVO DE INSTRUMENTO DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO BARROS. RECURSO DE REVISTA. REPRESENTAÇÃO SINDICAL DE SERVIDORES DO MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO BARROS. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA DO TRABALHO.

O Pleno do STF referendou liminar concedida pelo Ministro Nelson Jobim no julgamento da Medida Cautelar na ADI 3.395-6/DF, no sentido de que, mesmo após a EC n.º 45/2004, a Justiça do Trabalho não tem competência para processar e julgar causas instauradas entre o Poder Público e o

⁸² (RE180745, publicado em 08/05/1998, Min. Sepúlveda Pertence)

⁸³ (RR 333002820085030045 33300- 28.2008.5.03.0045, 4ª Turma, DEJT 13/05/2011. Rel. Maria de Assis Calsing)

servidor que a ele seja vinculado por relação jurídicoadministrativa. A decisão do STF restringiu-se ao inciso I do art. 114 da CF/88 e não se estende à competência fixada no inciso III do mesmo preceito constitucional: "ações sobre representação sindical, entre sindicatos, entre sindicatos e trabalhadores, e entre sindicatos e empregadores". Isso porque os incisos são elementos discriminativos do caput do artigo, que contém a norma geral. Os incisos são independentes entre si e enumeram hipóteses ou itens da regra inscrita no caput. Em decorrência dessa regra de técnica legislativa, não se há falar que a suspensão da competência definida no inciso I do art. 114 da CF pelo Supremo Tribunal Federal tenha afetado aquela estabelecida no inciso III, que trata de lides intersindicais, entre sindicatos e trabalhadores e entre sindicatos e empregadores. Observe-se que o inciso III fez expressa diferenciação entre demandas envolvendo sindicatos e trabalhadores e sindicatos e empregadores. Ao utilizar o termo genérico "trabalhadores", o legislador inseriu na competência da Justiça do Trabalho não apenas os empregados - termo específico. Por isso, não se pode acolher o argumento de que esta Justiça Especializada é incompetente para julgar lide entre sindicatos representantes de servidores vinculados ao Poder Público por relação jurídico-administrativa. O art. 114 da CF/1998 não trouxe essa exceção, tampouco a decisão do STF. O inciso III, portanto, deve ser interpretado de forma extensiva, inclusive em consonância com o objetivo da Emenda Constitucional nº 45/2004 de conferir ao Poder Judiciário Trabalhista a competência para as causas dos trabalhadores. Entende-se, nessa linha, que a competência desta Justiça Especializada mantém-se preservada nas ações em que se discutem questões sindicais - por serem lides autônomas, desvinculadas da relação jurídica trabalhista mantida pelo obreiro. Precedentes do STF e desta Dt. 3ª Turma. Agravo de instrumento desprovido. **AGRAVO DE INSTRUMENTO DA FEDERAÇÃO DOS SERVIDORES PÚBLICOS DO ESTADO DO PIAUÍ. RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. NATUREZA PARAFISCAL EXIGIBILIDADE.** Demonstrado no agravo de instrumento que o recurso de revista preenchia os requisitos do art. 896 da CLT, dá-se provimento ao agravo de instrumento, para melhor análise da arguição de violação do art. 8º, IV, da CF, suscitada no recurso de revista. Agravo de instrumento provido. **RECURSO DE REVISTA. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL OBRIGATÓRIA. SERVIDOR PÚBLICO ESTATUTÁRIO. NATUREZA PARAFISCAL EXIGIBILIDADE. A contribuição sindical, prevista no art. 8º, IV, parte final, da CF, e minuciosamente regulamentada pelos arts. 578 a 610 da CLT, constitui receita derivada de lei e recolhida uma única vez, anualmente, em favor do sistema sindical, quer se trate de empregado, profissional liberal ou empregador. Tendo natureza parafiscal, deve tal contribuição ser exigida de todos os trabalhadores da categoria pertinente, incluindo-se, nesse grupo, portanto, os servidores públicos, sejam estes celetistas ou estatutários.** Precedentes do colendo STJ. Recurso de revista conhecido e provido.⁸⁴

No mesmo sentido vem se manifestando a doutrina nacional, conforme se

⁸⁴ (ARR 6212220125220104, 3ª Turma, DEJT 13/03/2015, Rel. Mauricio Godinho Delgado).

pode observar da lição de Ives Gandra da Silva Martins:

Todas as contribuições enquadradas no art. 149, em suas três modalidades, têm natureza tributária, lembrando-se que as contribuições no interesse das categorias, por não se confundirem com as sociais, ofereceram menor polêmica, não se pondo o debate, embora fossem tidas, no passado, como contribuições para-fiscais ou extrafiscais na inteligência de Walter Barbosa Corrêa, na sua tese de livre-docência para a USP (1964).

Uma terceira consideração faz-se também necessária.

A “contribuição especial no interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas”, tem como nítido, claro e cristalino objetivo garantir a atuação de categorias profissionais e econômicas em defesa dos interesses próprios destes grupos, ofertando, pois, a Constituição, imposição tributária que lhes garanta recursos para que possam existir e atuar.

Esta é a natureza jurídica da contribuição, que fundamenta o movimento corporativo ou sindical no Brasil, na redação da Lei Suprema de 1988, constitucionalizada que foi sua conformação tributária. Não é mais uma contribuição para-fiscal ou fora do sistema, mas uma contribuição tributária, com objetivo perfil na lei maior.⁸⁵

No mesmo sentido é a lição de Sérgio Pinto Martins, nestes termos:

A atual contribuição sindical é o antigo imposto sindical. Como imposto, tinha natureza tributária, como espécie do gênero tributo.

O Decreto-lei nº 27, de 14-11-66, acrescentou o art. 217 ao Código Tributário Nacional, mudando a nomenclatura do imposto sindical. Este passou a chamar-se contribuição sindical, mas a mudança em sua nomenclatura não mudou sua natureza jurídica de tributo, pois o que importa é seu fato gerador, nos termos do art. 4º do CTN.

A natureza jurídica da contribuição é tributária, pois se encaixa na orientação do art. 149 da Constituição, como uma contribuição de interesse das categorias econômicas e profissionais.

A contribuição sindical também se insere na definição de tributo contida no art. 3º do CTN. É uma prestação pecuniária, exigida em moeda. É compulsória, pois **independe da vontade da pessoa em contribuição**. O art. 545 da CLT mostra que o desconto da contribuição sindical pelo empregador independe da vontade do empregado. Não se constitui em sanção de ato ilícito. É instituída em lei (arts. 578 a 610 da CLT) e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada, que é o lançamento, feito pelo fiscal do trabalho (art. 606 e seu § 1º da CLT). **Logo a natureza é tributária.** (grifos nossos)⁸⁶

Ademais, pode ser demonstrado que a contribuição sindical tem natureza de tributo justamente porque parte dos recursos recolhidos é revertida para os cofres da União, conforme a distribuição prevista no artigo 589, II, da CLT, cuja redação não foi alterada pela

⁸⁵ MARTINS, Ives Gandra. Rev. TST, Brasília, vol. 81, no 2, abr/jun 2015, p. 93.

⁸⁶ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*, Saraiva, 2017, p. 1104.

Lei 13.467/17, *in verbis*:

Art. 589. Da importância da arrecadação da contribuição sindical serão feitos os seguintes créditos pela Caixa Econômica Federal, na forma das instruções que forem expedidas pelo Ministro do Trabalho:

(...)

II - para os trabalhadores

a) 5% (cinco por cento) para a confederação correspondente

b) 10% (dez por cento) para a central sindical

c) 15% (quinze por cento) para a federação

d) 60% (sessenta por cento) para o sindicato respectivo; e

e) **10% (dez por cento) para a ‘Conta Especial Emprego e Salário’;**

Dessa forma, e por ser da essência da contribuição a sua compulsoriedade, ela jamais poderia ser facultativa e opcional para o contribuinte, sob pena de desvirtuar completamente o instituto, além da flagrante inconstitucionalidade de tal limitação ao poder de tributar entabulada por uma lei federal ordinária e de natureza genérica.

Como visto, a contribuição sindical é considerada tributo e como tal não poderia ser alterada por lei ordinária. Ademais, não é possível transformar um tributo em facultativo, ou seja, deixar seu pagamento condicionado à escolha do contribuinte.

A cobrança da Contribuição Sindical possui expressa previsão constitucional, conforme o inciso IV, do artigo 8º, da Constituição Federal de 1988, a seguir transcrito:

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.**

Portanto, a Constituição Federal de 1988 recepcionou a **Contribuição Sindical**, de que trata o Capítulo III, da CLT, de forma expressa, tal como ela sempre se apresentou, sem qualquer ressalva ou condição. Ao trazer a **Contribuição Sindical** para o patamar constitucional, teve o legislador constituinte a nítida intenção de preservá-la contra ataques motivados por conveniências políticas ou ideológicas momentâneas e que eventualmente gerassem no Congresso Nacional simples maioria para a aprovação de singela lei ordinária.

Por se tratar de tributo, aplica-se à contribuição sindical o disposto nos artigos 146 e 149 da Constituição Federal de 1988 que assim estabelecem:

CF/88

Art. 146. Cabe à lei complementar:

(...)

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir **contribuições sociais**, de intervenção no domínio econômico e **de interesse das categorias profissionais ou econômicas**, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo.

Assim, qualquer alteração que fosse feita no instituto da contribuição sindical deveria ter sido feita por Lei Complementar e não pela Lei nº 13.467/2017, que é Lei Ordinária. Existe, portanto, vício constitucional formal, de origem, devendo ser reconhecida a inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei Ordinária nº 13.467/2017 no instituto da contribuição sindical.

Nesse sentido é o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO SINDICAL RURAL. MARCO INICIAL DA PRESCRIÇÃO. CONSOLIDAÇÃO DAS LEIS TRABALHISTAS. RESERVA DE LEI COMPLEMENTAR. CLÁUSULA DA RESERVA DE PLENÁRIO. 1. **A jurisprudência do STF é firma no sentido de que a contribuição sindical rural foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988, submetendo-se ao regime tributário, de modo que as disposições do CTN lhe são aplicáveis.** 2. Por se tratar de espécie tributária prevista na Constituição Federal, é possível a instituição do tributo por meio de lei ordinária, a qual deve fixar o aspecto temporal da hipótese de incidência, à luz do princípio da legalidade. Assim, em nenhum momento se infere dos autos tratamento de matéria reservada à lei complementar. 3. O Plenário desta Corte já atestou que não há repercussão geral na matéria referente ao lançamento de contribuição sindical rural, com base no art. 605 da CLT. Precedente: AI-RG 743.833, de relatoria do

Ministro Cezar Peluso, DJe 16.10.2009. 4. O afastamento, pelos órgãos judiciários a quo, de lei ou ato normativo do Poder Público sem expressa declaração de inconstitucionalidade constitui ofensa à cláusula de reserva de plenário, consistindo em *error in* procedendo no âmbito do acórdão recorrido, tal como previsto no art. 97 da Constituição Federal e na Súmula Vinculante 10 desta Suprema Corte. Precedente: RE-QO-RG 580.108, de relatoria da Ministra Ellen Gracie, DJe 19.12.2008. 5. Agravo regimental a que se nega provimento⁸⁷

Ademais, a Lei Ordinária nº 13.467/2017 não poderia ter tornado o instituto da contribuição sindical facultativo, porque infringe o disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional, que estabelece o seguinte:

CTN - Art. 3º - Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada.

Dessa forma, a Lei Ordinária nº 13.467/17 não poderia ter tornado a contribuição sindical facultativa por não ser Lei Complementar.

O Código Tributário Nacional é Lei Complementar. Lei Ordinária não pode alterar o conteúdo de Lei Complementar. Presente, portanto, a ilegalidade da Lei Ordinária nº 13.467/2017, infringindo o sistema de hierarquia das normas do Estado Democrático de Direito ao transformar a cobrança de um tributo em facultativa.

Por outro lado, as disposições aqui mencionadas da Lei 13.467/17 atentam diretamente contra o artigo 150, § 6º, da CF/88, que assim versa:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

§ 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante lei específica, federal, estadual ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2.º, XII, g. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))

⁸⁷ STF - AgR ARE: 907065 DF - DISTRITO FEDERAL 9218720-11.5150.1.44., Relator: Min. EDSON FACHIN, Data de Julgamento: 10/11/2015, Primeira Turma, Data de Publicação: DJe-237 25-11-2015.

Portanto, o legislador, ao alterar os dispositivos da CLT que tratavam a Contribuição Sindical como compulsória para torna-la facultativa, estabeleceu hipóteses de isenção ou não incidência tributária através de uma legislação genérica que teve um objetivo muito mais abrangente, tratando de outras matérias de natureza laboral, além das referidas contribuições restando, portanto, mais uma vez, evidente a sua inconstitucionalidade.

Ou seja, a Lei 13.467/17 contraria o disposto no artigo 150, § 6º da CF/88 pois tratou de hipóteses de isenção ou não incidência tributária em lei genérica e não específica, conforme determina o comando constitucional.

A posição do Supremo Tribunal Federal é no sentido de reconhecer a obrigatoriedade de lei específica para a concessão de isenção ou anistia em matéria tributária, conforme se infere do precedente abaixo:

“EMENTA: Embargos de declaração recebidos como agravo regimental no recurso extraordinário. Entidade de organização social. Isenção. Inexistência de lei específica. Impossibilidade de concessão pelo Poder Judiciário. 1. A pacífica jurisprudência da Corte é firme no sentido de que a outorga de qualquer subsídio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a **concessão de anistia ou remissão em matéria tributária só podem ser deferidas mediante lei específica**” (ADI nº 1.247/PA-MC, Tribunal Pleno, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 8/9/95). 2. O agravante não nega a inexistência de lei específica lhe concedendo o benefício fiscal pretendido e, a despeito do que dispõe o art. 150, § 6º, da Constituição Federal, pretende que o Poder Judiciário lhe conceda isenção, pretensamente com base no art. 11 da Lei Distrital nº 2.415/99, o qual apenas o equipara, na qualidade de organização social, no âmbito do Distrito Federal, às entidades de interesse social e utilidade pública, para todos os efeitos legais, sem, no entanto, dispor sobre qualquer benefício fiscal. 3. Agravo regimental não provido.⁸⁸

Nesse mesmo sentido, foram proferidas decisões em outras Ações Cíveis Públicas movidas por entidades sindicais em outros Estados da Federação, como no caso da ACP movida pelo Sindicato dos Auxiliares em Administração Escolar da Região Serrana – SAAERS de Santa Catarina, no qual foi deferida a tutela de urgência requerida pela d. 1ª Vara do Trabalho de Lages (TRT 12ª Região), com os seguintes fundamentos:

“É importante registrar o Juízo que não se trata de ser a favor ou contra a contribuição sindical ou à representação sindical dos

⁸⁸ STF - RE: 579708 DF, Relator: Min. DIAS TOFFOLI, Data de Julgamento: 04/06/2013, Primeira Turma, Data de Publicação: ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-165 DIVULG 22-08-2013 PUBLIC 23-08-2013.

empregados, ou, ainda, de estar de acordo ou não com o sistema sindical brasileiro tal como existe atualmente. Trata-se, sim, de questão de inconstitucionalidade, de ilegalidade da Lei e de segurança jurídica. Isso porque a Lei nº 13.467/2017 promoveu a alteração da contribuição sindical de forma inconstitucional e ilegal.

Tivessem sido observados o sistema constitucional brasileiro e a correta técnica legislativa, nenhuma inconstitucionalidade ou ilegalidade haveria. Assim, trata-se de questão que vai muito além da simples concordância ou oposição com a cobrança da contribuição sindical compulsória, pois é concernente, na verdade, à supremacia constitucional.

Cabe ao Poder Judiciário declarar a inconstitucionalidade da Lei quando assim o entender e é o que este Juízo faz nesta decisão, com o fim de resguardar o cumprimento da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Hoje, a discussão é sobre a contribuição sindical, de interesse primeiro e direto dos sindicatos. Amanhã, a inconstitucionalidade pode atingir o interesse seu, cidadão, e você pretenderá do Poder Judiciário que a Carta Magna seja salvaguardada e o seu direito, por conseguinte, também. Está, neste ponto, o motivo pelo qual o Poder Judiciário aparece, neste momento político crítico de nosso País, como o guardião da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, pela declaração difusa da inconstitucionalidade.

Ante o exposto, **acolho a tutela de urgência de natureza antecipada requerida pela parte autora, SINDICATO DOS AUXILIARES EM ADMINISTRAÇÃO ESCOLAR DA REGIÃO SERRANA - SAAERS, para determinar que o réu, SOCIEDADE EDUCACIONAL SANTO EXPEDITO LTDA. - EPP, emita a guia e providencie o efetivo recolhimento em favor da entidade autora, respeitado o percentual de 60% (art. 589, inciso II, da CLT), do desconto de um dia de trabalho de todos os trabalhadores a contar do mês de março de 2018 e dos anos subsequentes, independentemente de autorização prévia e expressa, bem como para proceda da mesma forma quanto aos trabalhadores admitidos após o mês de março de 2018 e dos anos subsequentes, nos termos do art. 602 da CLT, por ocasião de novos admitidos, independentemente de autorização prévia.**

(...)

Lages, SC, 03 de dezembro de 2017.

PATRICIA PEREIRA DE SANTANNA
Juiz(a) do Trabalho Titular

Como fica claro na r. Decisão acima transcrita, o persente artigo não pretende discutir eventual necessidade de alteração na forma de financiamento do sistema sindical brasileiro, mas tão somente demonstrar a ilegalidade e inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei Ordinária nº 13.467/17 no que tange à contribuição sindical.

Por outro lado, as alterações ora mencionadas contrariam o disposto no artigo 8º e seus incisos da Constituição Federal, uma vez que a própria existência das entidades

sindicais restara comprometida, tornando impossível a perseguição dos fins ali entabulados, nestes termos:

“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”

A própria recepção da contribuição sindical pela Constituição Federal de 1988 decorre do disposto no artigo 8º, IV, acima transcrito, conforme se infere do seguinte precedente do Excelso Pretório:

Ementa: Sindicato: contribuição sindical da categoria: recepção. A recepção pela ordem constitucional vigente da contribuição sindical compulsória, prevista no art. 578 CLT e exigível de todos os integrantes da categoria, independentemente de sua filiação ao sindicato resulta do art. 8º, IV, in fine, da Constituição ; não obsta à recepção a proclamação, no caput do art. 8º, do princípio da liberdade sindical, que há de ser compreendido a partir dos termos em que a Lei Fundamental a positivou, nos quais a unicidade (art. 8º, II) e a própria contribuição sindical de natureza tributária (art. 8º, IV) - marcas características do modelo corporativista resistente-, dão a medida da sua relatividade (cf . MI 144, Pertence, RTJ 147/868, 874); nem impede a recepção questionada a falta da lei complementar prevista no art. 146, III, CF, à qual alude o art. 149, à vista do disposto no art. 34, §§ 3º e 4º, das

Disposições Transitórias (cf . RE 146733, Moreira Alves, RTJ 146/684, 694)⁸⁹

Por fim, a facultatividade no recolhimento da Contribuição Sindical viola frontalmente o princípio da isonomia tributária, positivado no Art. 150, II da CF, nestes termos:

CF/88 - Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(..)

II - instituir tratamento desigual entre contribuintes que se encontrem em situação equivalente, proibida qualquer distinção em razão da ocupação profissional ou função por eles exercida, independentemente da denominação jurídica dos rendimentos, títulos ou direitos;

Sendo assim, a Lei 13.467/17 instituiu tratamento desigual entre os contribuintes titulares de uma mesma relação jurídica ao tornar facultativo o recolhimento de tal tributo, em completa e absoluta afronta ao texto constitucional, pois instituiu tratamento diferenciado para aqueles trabalhadores que se beneficiarão da atuação do ente sindical Autor, sem contribuir para o custeio das suas iniciativas estatutárias.

Reconhecendo a inconstitucionalidade formal e material da Lei n°. 13.467/17 foi o conteúdo da Nota Técnica n° 1, de 27 de abril de 2018, da Coordenadoria Nacional de Promoção da Liberdade Sindical – CONALIS do Ministério Público do Trabalho, cuja ementa é a seguinte:

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO
COORDENADORIA NACIONAL DE PROMOÇÃO DA LIBERDADE
SINDICAL - CONALIS

NOTA TÉCNICA n. 1º, de 27 de abril de 2018.

Ementa: Contribuição Sindical (CLT, arts. 578 a 610). Natureza jurídica tributária. Inconstitucionalidade formal e material da Lei n. 13.467/17 (Reforma Trabalhista). A contribuição sindical tratada nos arts. 578 a 610 da CLT tem natureza jurídica tributária. As mudanças promovidas pela reforma trabalhista (Lei n° 13.467/17) quanto à contribuição sindical apresenta inconstitucionalidade formal e material. Inconstitucionalidade formal por não observar a necessidade de lei complementar para a instituição, modificação e extinção de um tributo (art. 146 e 149 da CF/1988), no caso uma contribuição parafiscal, e por não ter sido acompanhada de seu impacto orçamentário e financeiro por tratar-se de proposição legislativa que implica renúncia de receita (art. 113 do

⁸⁹ STF - RE: 180745 SP, Relator: SEPÚLVEDA PERTENCE, Data de Julgamento: 24/03/1998, Primeira Turma, Data de Publicação: DJ 08-05-1998 PP-00014 EMENT VOL-01909-04 PP-00712

ADCT, acrescido pela EC nº 95/2016), considerando que a mesma ajuda a financiar o FAT - Fundo de Amparo ao Trabalhador, por meio da “Conta Especial Emprego e Salário”. Inconstitucionalidade material pelo fato de enfraquecer financeiramente as entidades sindicais quando a mesma “reforma trabalhista” aumentou os encargos dos sindicatos e, também, por que a Constituição Federal prevê expressamente tal fonte de financiamento no “in fine” do inciso IV do art. 8º e art. 149 da Constituição Federal e por ofender a unicidade sindical e a representação sindical compulsória da categoria (CF, art. 8º, II e III), violando a liberdade sindical ao imputar aos associados o custo da atividade do sindicato.

Como visto, resta amplamente demonstrada a inconstitucionalidade e ilegalidade das alterações legislativas instituídas pela Lei 13.467/17 (especialmente nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT), cabendo ao Poder Judiciário exercer o controle da Ordem Jurídica, tanto pelo exercício do o controle difuso de constitucionalidade quanto pelo controle direto por parte do Excelso Supremo Tribunal Federal, onde se encontram ajuizadas Ações Diretas de Inconstitucionalidade questionando as alterações promovidas pela Lei nº 13.467/17, não tendo sido, até o momento, proferida decisão em nenhuma dessas ações no que diz respeito à possibilidade de opção pelo pagamento ou não da contribuição sindical.

Conclusão

A Contribuição Sindical é historicamente um tema polêmico. No processo constituinte de 1987/1988, segmentos de direita e de esquerda defendiam apaixonadamente tanto a sua manutenção quanto a sua extinção, tendo prevalecido, por ampla maioria, a primeira opção, conforme consta no Artigo 8º, inciso IV, da Carta de 05 de Outubro.

Desta forma, é perfeitamente natural que a Contribuição Sindical seja uma receita imprescindível e fundamental para a subsistência e manutenção das entidades sindicais no sistema sindical brasileiro.

O corte abrupto de uma das principais fontes de receita das entidades sindicais, sem dúvida alguma, irá comprometer o adimplemento dos compromissos assumidos e enfraquecer a defesa das categorias representadas por tais entidades sindicais tanto obreiras quanto patronais, podendo acarretar no fechamento de significativo número de entidades sindicais.

Seria perfeitamente factível a redução gradual da contribuição sindical, ao longo de uma década, por exemplo, para que a mesma se extinguisse, sem que isto implicasse

no fechamento puro em simples de diversas entidades sindicais.

Um debate dessa envergadura, jamais poderia ter sido levado a efeito a toque de caixa, sem a participação, inclusive, do Senado Federal, que foi instado a aprovar o projeto de lei do jeito que saiu da Câmara dos Deputados, onde também não foi objeto de maiores discussões.

De toda sorte, ficou demonstrada a ilegalidade e inconstitucionalidade das alterações promovidas pela Lei 13.467/17 (especialmente nos artigos 545, 578, 579, 582, 583, 587 e 602 da CLT), o que não pode ser tolerado pelo Ordenamento Jurídico.