

CADERNOS CIDIJUS

Volume 7
2023



JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA
HECTOR CURY SOARES
EDER DION DE PAULA COSTA
ORGANIZADORES

CADERNOS
CIDIJUS

VOLUME 7

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA
HECTOR CURY SOARES
EDER DION DE PAULA COSTA
(Organizadores)

CADERNOS CIDIJUS

VOLUME 7

Rio Grande
IBRAJU Edições
2023

Copyright © 2023 by IBRAJU Edições.

Qualquer parte desta publicação pode ser reproduzida, desde que citada a fonte.

Capa: Edna Karina da Silva Lira

Normalização e editoração eletrônica: Gilmar Gomes de Barros

Edna Karina da Silva Lira

Revisão: os autores

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)

Ficha catalográfica elaborada pelo bibliotecário Gilmar Barros, CRB 14/1693

Índice para catálogo sistemático:

C837c Costa, José Ricardo Caetano

Cadernos CIDIJUS [recurso eletrônico] / José Ricardo Caetano Costa; Hector Cury Soares; Eder Dion de Paula Costa (Organizadores). – Rio Grande : IBRAJU Edições, 2023. – (Coleção Cadernos CIDIJUS ; v. 7).

199 p. ; 21,1 cm.

Acesso remoto: <https://ibraju.com.br/editora/>

ISBN: 978-65-89073-14-7

I. Direitos sociais. I. José Ricardo Caetano Costa.

II. Hector Cury Soares. III. Eder Dion de Paula Costa. IV. Título. V. Série.

CDU: 349.3

I. Direitos sociais

349.3

SUMÁRIO

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: ANÁLISE DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE OS ANOS DE 2020 E 2022.....6

Juliana de Quadros Coutinho
Hector Cury Soares

PÓS-REFORMA TRABALHISTA: E OS REFLEXOS NEGATIVOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS DOS TRABALHADORES NO CONTEXO BRASILEIRO.....48

Jéssica Tavares Fraga Costa
Victor da Silva Costa

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DOS SUJEITOS TRANS NO BRASIL A PARTIR DO DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO.....61

Amanda Netto Brum

CENSO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR BRASILEIRA DE 2020: RACISMO, CAPACITISMO E MANUTENÇÃO DAS DESIGUALDADES EDUCACIONAIS79

Filipe Ferreira Delmondes
Rúbia Cristina da Silva Passos

CULPA DA MAGISTRATURA: DECISÕES JUDICIAIS QUE ESTIMULAM O DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE92

Marcelo de Oliveira Jeronimo

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: UMA HISTÓRIA DE LUTAS E RESISTÊNCIAS CONTRA O DESMONTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988..... 113

Luiz Pereira Das Neves Neto
André Barbosa da Cruz

REFLEXOS DA AMBIVALÊNCIA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE SOBRE A POBREZA 138

Luiz Pereira Das Neves Neto
Rafaella Fernandes de Mattos

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DE IDADE MÍNIMA PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL IMPOSTO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019..... 163

Gicliane Soares Fernandes Corrêa

A RESPONSABILIDADE POR OBRAS DE SANEAMENTO EM LOTEAMENTOS IRREGULARES EM FACE DA OMISSÃO DO LOTEADOR..... 179

Fernanda de Mello Molardi

EDITORIAL

É com imensa satisfação que compartilhamos com a comunidade acadêmica e a sociedade como um todo, o volume n. 7 de nossos CADERNOS CIDIJUS.

Recebemos, para esta edição sétima, nove artigos que refletem os mais variados direitos sociais, do direito do trabalho ao previdenciário, perpassando pelo educacional e o direito ao saneamento básico.

Lembramos que está aberto o recebimento de artigos para compor o oitavo volume de nossos CADERNOS CIDIJUS, de modo a incentivar nossos estudantes à reflexão crítica e transformadora.

Registramos, mais uma vez, agradecimentos aos nossos alunos do Mestrado em Direito e Justiça Social, que auxiliaram na organização e montagem deste volume. São eles: Dandara Trentin Demiranda e Vitor Prestes Olinto.

Uma ótima leitura a todos e todas.

Rio Grande, outono de 2023.

Os Organizadores.

O DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19: ANÁLISE DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NO PERÍODO COMPREENDIDO ENTRE OS ANOS DE 2020 E 2022

Juliana de Quadros Coutinho¹
Hector Cury Soares²

Resumo

O presente trabalho de conclusão de curso busca analisar através dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul se durante o período compreendido entre janeiro de 2020 e janeiro de 2022 da pandemia da COVID-19 houve a relativização do direito a convivência familiar. Para tanto, realizou-se uma análise bibliográfica sobre o conceito de poder familiar, sobre a guarda dos filhos para o ordenamento jurídico brasileiro, sobre o direito a convivência familiar e a proteção dos filhos, passando a discorrer a respeito do avanço da pandemia da COVID-19 e do conflito entre o direito à saúde e o direito a convivência familiar. Concluindo, ao final, que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande não relativizou o direito a convivência familiar durante o período compreendido entre janeiro de 2020 e janeiro de 2022 da pandemia da COVID-19.

Palavras-Chave: Direito de Família; Guarda; Convivência Familiar; Pandemia. COVID-19.

THE RIGHT TO FAMILY COEXISTENCE DURING THE COVID-19 PANDEMIC: ANALYSIS OF JUDGMENTS PROVIDED BY THE COURT OF JUSTICE OF THE STATE OF RIO GRANDE DO SUL IN THE PERIOD BETWEEN 2020 AND 2022

Abstract

The present course conclusion work seeks to analyze through the judgments handed down by the Court of Justice of the State of Rio

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG.

² Professor dos Cursos de Graduação em Direito e Mestrado em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande (FURG). Coordenador do Projeto de Pesquisa-Ação CIDIJUS (Cidadania, Direitos e Justiça). Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Sul (UFRGS). Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS). Graduado em Direito pela Universidade Federal de Pelotas (UFPEL). Advogado.

Grande do Sul whether during the period between January 2020 and January 2022 of the COVID-19 pandemic there was a relativization of the right to Family living. To this end, a bibliographic analysis was carried out on the concept of family power, as well as on the custody of children for the Brazilian legal system, on the right to family coexistence and the protection of children, going on to discuss the advance of the pandemic of COVID-19 and the conflict between the right to health and the right to family life. Concluding, in the end, that the Court of Justice of the State of Rio Grande did not relativize the right to family life during the period between January 2020 and January 2022 of the COVID-19 pandemic.

Keywords: Family right; Guard; Family living; Pandemic; COVID-19.

1 INTRODUÇÃO

A pandemia da COVID-19, implicou consequências que transcendem o setor da saúde e atingem as esferas da vida privada, como aspectos inerentes ao direito de família. Isso posto, o presente trabalho almeja descobrir, através da análise dos julgados proferidos pelo Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, se houve a relativização do direito a convivência familiar durante o período de janeiro de 2020 a janeiro de 2022.

Nesse sentido, inicialmente será realizada uma breve análise sobre os institutos do poder familiar e da guarda no direito de família para o ordenamento jurídico brasileiro, conceituando a convivência familiar e a necessidade de proteção dos filhos. Para tanto, será utilizada revisão bibliográfica a partir do estudo de doutrinas do direito de família que integram o arcabouço jurídico brasileiro.

Em um segundo momento, será realizado um estudo a fim de verificar como se deu a convivência familiar frente ao cenário pandêmico, através de uma abordagem do contexto histórico e do desenvolvimento da pandemia no Brasil, utilizando, para tanto, uma revisão de literatura a partir da pesquisa de artigos na plataforma Google Acadêmico, nos seguintes termos, (palavras-chave): “convivência familiar” ou “regulamentação de visitas” e “direito de família” e pandemia ou COVID-19 e guarda.

Aplicou-se à pesquisa o seguinte filtro: Período Específico 2020-2022, foram encontrados 40 (quarenta) resultados, dos resultados encontrados foram excluídos por título 24 (vinte e quatro) artigos e por resumo 06 (seis) artigos. Desse modo, foram encontrados 10 (dez) artigos

com potencial de inclusão, sendo utilizados no presente trabalho 05 (cinco) artigos.

Ademais, foi procedida busca no Portal de Periódicos da CAPES, nos seguintes termos, (palavras-chave): "direito de família" e "convivência familiar" e pandemia. Não foi aplicado filtro à pesquisa, foram encontrados 05 resultados, dos resultados encontrados foram excluídos, por título, 03 resultados. Assim, foram encontrados 02 artigos com potencial de inclusão, os quais foram incluídos no presente trabalho.

Ao final, aplicando a metodologia de análise de decisões, realizou-se um estudo dos julgados proferidos pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul nos anos de 2020 a 2022, mais precisamente no período compreendido entre janeiro de 2020 e janeiro de 2022 da pandemia do coronavírus.

A pesquisa foi feita utilizando os seguintes termos (palavras-chave): "regulamentação de visitas" e pandemia ou COVID-19 e guarda, foi aplicado a pesquisa o seguinte filtro: Data da Publicação: 01/01/2020 até 01/01/2022, foram encontrados 07 (sete) resultados. Desse modo, para a conclusão da presente pesquisa, foram utilizadas para análise as 07 (sete) jurisprudências encontradas, as quais correspondem as motivações obtidas com a revisão de literatura.

Assim, visando demonstrar se houve a relativização do direito a convivência familiar durante a pandemia da COVID-19, o presente trabalho será proposto na forma de monografia, em um método dedutivo, com abordagem qualitativa, buscando compreender as motivações das decisões proferidas pelo TJRS no presente cenário.

2 DOS INSTITUTOS DO PODER FAMILIAR E DA GUARDA NO DIREITO DE FAMÍLIA PARA O ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Neste momento, analisar-se-á questões relativas ao instituto do Poder Familiar, previsto no Código Civil de 2002, mais precisamente no último Capítulo de seu Título I que trata, entre os artigos 1.630 e 1.638, dos Direitos Pessoais relativos ao Direito de Família. Assim como ao instituto da Guarda, previsto no Código Civil de 2002, em seu Capítulo XI, entre os artigos 1.583 e 1.590, que abordam a Proteção da Pessoa dos Filhos, havendo previsão expressa também no Estatuto da Criança e do

Adolescente, especialmente na subseção II, entre os artigos 33 e 35, bem como no artigo 227 da Constituição Federal.

2.1 Do poder familiar dos pais sobre os filhos

O poder familiar trata-se de um conjunto de direitos e obrigações, que concede aos pais as funções de criar e educar os filhos incapazes. Segundo Nader (2016) a expressão equivale à antiga terminologia pátrio poder, havendo essa alteração, pois a família deixou de ser um sistema onde quem detinha o poder e autoridade era o marido ou o pai e ocorreram inúmeras transformações ao longo da história a respeito do conceito de poder familiar.

Pereira (2018) aborda que, com o tempo, abandonou-se a atribuição do poder ao marido e passou a ser confiado aos pais, como forma de igualdade jurídica entre os cônjuges, principalmente a partir do reconhecimento da Lei nº 4.121/1962, denominada Estatuto da Mulher Casada, que foi um importante corolário da igualdade jurídica da mulher, uma vez que a partir de então o pátrio poder que competia ao homem, deveria ser exercido com a colaboração de sua mulher.

Assim, o pátrio poder era o conceito atribuído para definir quem determinava as regras dentro do nicho familiar. Ocorre que, com o passar dos anos, o conceito de família, abordado pelo Direito de Família, presente atualmente na legislação civilista brasileira, sofreu diversas alterações. Embora ainda existam muitas alterações a serem realizadas, especialmente no que diz respeito as formas de estrutura familiar que se originaram até os dias atuais.

Maria Berenice Dias, (2016, p. 205) menciona que é difícil encontrar uma definição de família que se insira nos conceitos atuais, “sempre vem à mente a imagem da família patriarcal: o homem como figura central, tendo a esposa ao lado, rodeado de filhos”. Ocorre que essa visão hierarquizada da família sofreu enormes transformações graças as lutas feministas que possibilitaram o ingresso da mulher no mercado de trabalho e fizeram com que o homem deixasse de ser o provedor exclusivo da família, acarretando profunda evolução social.

De se destacar que a Lei 6.515/1977 que regulava os casos de dissolução da sociedade conjugal e do casamento, estabelecia em seu art.10, que quando a separação judicial fosse fundada na culpa, a guarda dos filhos seria fixada em favor do cônjuge inocente, ou seja, aquele que

não tivesse dado causa à dissolução. Em seu parágrafo 1º, a referida lei dispunha que, se ambos fossem responsáveis pela separação, os filhos menores ficariam em poder da mãe, salvo se o juiz verificasse que de tal solução poderia causar prejuízo de ordem moral aos filhos.

Caso entendesse o magistrado que a guarda não deveria ser concedida a nenhum dos pais, o parágrafo 2º do artigo supramencionado autorizava o deferimento da guarda a pessoa notoriamente idônea da família de qualquer dos pais. Tão somente com a Constituição de 1988 é que o casamento deixou de ser o único vínculo reconhecido como família.

Madaleno (2015), destaca que, com o art. 227 da Constituição Federal, o menor passou a receber destaque especial e absoluta prioridade, assegurando-o dentre outros direitos, o direito à convivência familiar e comunitária. Ressalta ainda, que os pais deixaram de exercer um verdadeiro poder sobre os filhos e passaram a assumir um dever natural e legal de proteção durante o processo de formação de sua personalidade.

Nesse sentido, Maria Helena Diniz entende que:

[...] A norma jurídica prescreve que compete aos pais dirigir a criação e educação dos filhos, respeitando seus direitos da personalidade, garantindo sua dignidade como seres humanos em desenvolvimento físico-psíquico, mas nada dispõe sobre o modo como devem criá-los e muito menos como devem executar os encargos parentais. Isto é assim porque a vida íntima da família se desenvolve por si mesma e sua disciplina interna é ditada pelo bom senso, pelos laços afetivos que unem seus membros, pela convivência familiar (CF, art. 227, 2ª parte) e pela conveniência das decisões tomadas. Podem, ainda, usar, moderadamente, seu direito de correção, como sanção do dever educacional, pois o poder familiar, diz Orlando Gomes, não poderia ser exercido, efetivamente, se os pais não pudessem castigar seus filhos para corrigi-los. Todavia, é preciso esclarecer que, embora os pais estejam legitimados a castigá-los, no exercício de seu poder disciplinar não estão autorizados os castigos imoderados; assim, os genitores que abusarem dos meios corretivos poderão ser destituídos do poder familiar, além de incorrerem em responsabilidade criminal [...] (DINIZ, 2022, p. 203).

Ante o exposto, de se frisar ainda que não sendo cumprido pelos pais o dever de educar e criar seus filhos, o artigo 1.638, II do Código Civil prevê a possibilidade de perda do poder familiar e das sanções previstas nos artigos 244 e 246 do Código Penal para o crime de abandono dos menores, devendo arcar com a responsabilidade civil pelo dano moral causado aos filhos, bem como aos seus direitos da personalidade.

2.2 Da guarda

O Código Civil prevê em seu capítulo XI, que trata sobre a proteção da pessoa dos filhos, mais precisamente no artigo. 1.583 que:

Art. 1.583. A guarda será unilateral ou compartilhada.

§ 1º Compreende-se por guarda unilateral a atribuída a um só dos genitores ou a alguém que o substitua (art. 1.584, § 5º) e, por guarda compartilhada a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos comuns.

§ 2º Na guarda compartilhada, o tempo de convívio com os filhos deve ser dividido de forma equilibrada com a mãe e com o pai, sempre tendo em vista as condições fáticas e os interesses dos filhos.

Sobre o referido dispositivo, Schreiber (2020) entende que a guarda compartilhada é aquela em que há a responsabilização conjunta e o exercício de direitos e deveres do pai e da mãe que não vivam sob o mesmo teto, concernentes ao poder familiar dos filhos em comum, definindo a guarda unilateral como a atribuída a um só dos genitores ou alguém que o substitua.

Frisa-se ademais, que o enunciado doutrinário nº 604 aprovado na VII Jornada de Direito Civil, realizada em 2015, prevê que a divisão de forma equilibrada do tempo de convívio dos filhos com cada um dos pais, impostas para guarda compartilhada pelo parágrafo 2º do art. 1.583 do Código Civil, não deve ser confundida com a imposição do tempo prevista pelo instituto da guarda alternada.

Nesse sentido, a distribuição do tempo de convivência na guarda compartilhada deve atender sempre ao melhor interesse dos filhos e não

necessariamente representar convivência de forma livre ou com divisão igualitária de tempo entre os pais. Os enunciados aprovados na IV Jornada de Direito Civil acompanharam a tendência civil-constitucional de pensar sempre no melhor interesse da criança e do adolescente a respeito da guarda.

Segundo Schreiber (2020) o Enunciado nº 333 da IV Jornada de Direito Civil determina que o direito de visita pode ser estendido aos avós e pessoas com as quais o menor mantenha vínculo afetivo, atendendo ao seu melhor interesse, por força da interpretação constitucional do Código Civil, garantindo o direito de visitas a terceiros, que sejam ou não parentes da criança ou do adolescente.

Assim como a Constituição Federal em seu art. 227, a Lei nº 8.069/1990 estabelece que a criança e o adolescente devem ser criados em sua família natural, ou seja, por seus pais, ou qualquer deles e seus descendentes e, se não for possível a permanência no seio de sua família natural, o Estatuto da Criança e do Adolescente prevê que os menores deverão ser colocados em uma família substituta, podendo essa inserção ocorrer através da guarda, tutela ou adoção.

O ECA prevê em seu art. 33 que “a guarda obriga a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, conferindo a seu detentor o direito de opor-se a terceiros, inclusive aos pais.” Nesse sentido, Pereira (2018) ressalta que a responsabilidade do detentor da guarda inclui o aconchego, o carinho, a delicadeza, o afeto, a responsabilidade com o desenvolvimento integral do menor, bem como com a consciência quanto aos direitos e deveres da vida em sociedade.

Em que pese o Código Civil não utilize a palavra afeto, os laços de afeto e solidariedade decorrem da convivência familiar, e não do sangue, sendo, portanto, a afetividade e afinidade elementos necessários para definir a guarda em favor de uma terceira pessoa, conforme prevê o parágrafo 5º do art. 1.584 do Código Civil. Visto isso, Maria Berenice Dias (2016, p.59) afirma que “a posse de estado de filho nada mais é do que o reconhecimento jurídico do afeto, com o claro objetivo de garantir felicidade, como um direito a ser alcançado”.

Destaca-se ainda, importante alteração dada pela Lei nº13.058, de 2014 ao parágrafo 2º do art.1.584 do Código Civil quanto a guarda em situações em que ocorrer o divórcio entre os pais e não houver acordo entre ambos. A antiga redação do dispositivo estabelecia que nestes casos

a guarda do filho seria aplicada, sempre que possível, de forma compartilhada.

Com a alteração havida em 2014, o dispositivo passou a estabelecer a guarda compartilhada como obrigatória, na medida em que quando não houver acordo entre os pais quanto à guarda do filho, se ambos os genitores estiverem aptos a exercer o poder familiar, aplicar-se a guarda compartilhada. A guarda compartilhada só não será aplicada se um dos pais declarar que não deseja a guarda do filho(a).

Em que pese a previsão legal expressa de ser guarda compartilhada a prioridade, para que seja possível a concretização, Schreiber (2020) ressalta a necessidade de haver harmonia entre os pais, bem como o mínimo de convivência pacífica, visto que em casos onde já clima de guerra entre os genitores, a imposição da guarda na modalidade compartilhada só trará prejuízos à formação do menor.

2.3 Do direito à convivência familiar e proteção dos filhos

A Constituição Federal de 1988 reconheceu a convivência familiar e comunitária como Direito Fundamental Constitucional (art. 227, CF), ressaltando a importância da vida em família para o desenvolvimento dos infantes, valorizando tanto a convivência na família natural como na família substituta, garantindo, em seu art. 226, §5º, que “os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher”.

O Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069/1990), estabeleceu medidas definidoras de direitos, proteção e assistência aos menores, consagrando o princípio do melhor interesse da criança e do adolescente e ampliando as responsabilidades dos pais. Tal ampliação se vislumbra ao estabelecer, no art. 22, que cabe aos pais o dever de “sustento, guarda e educação dos filhos menores”, sem excluir as responsabilidades reafirmadas pelo Código Civil de 2002.

O referido diploma legal destaca ainda, em seu artigo 100, parágrafo único, inciso II, que a interpretação e aplicação de toda e qualquer norma contida no estatuto deve ser voltada à proteção integral e prioritária dos direitos de que crianças e adolescentes são titulares, sendo proibida qualquer distinção entre os filhos, adotados ou não, tidos no âmbito da relação do casamento ou não.

A respeito do direito a proteção integral do menor, Pereira (2018) entende que deve prevalecer o reconhecimento constitucional do menor como titular de Direitos Fundamentais e pessoas em condição peculiar de desenvolvimento, não podendo ser-lhes negado o direito de conviver com o pai ou com a mãe.

Conforme prescrito no artigo 1.589 do Código Civil, o pai ou a mãe, em cuja guarda não estejam os filhos, poderá visitá-los e tê-los em sua companhia, bem como fiscalizar sua manutenção e educação. A “visita”, que para Madaleno (2015) melhor seria identificada pela expressão “convivência”, pois pais convivem com seus filhos e não apenas os visitam, é um expediente jurídico forjado para preencher os efeitos da ruptura da convivência familiar, antes exercida no domicílio conjugal.

A necessidade de regulamentar a convivência familiar se dá com através da importância de se preservar os laços de afeto entre pais e filhos, tratando-se de um direito não só conferido aos pais, mas também àqueles que apresentam laços afetivos com o menor, propiciando desenvolvimento afetivo e social. Vê-se:

[...] o direito de visitas é um direito subjetivo assegurado ao genitor não guardião, cujo objetivo é propiciar a convivência familiar dos menores com o parente que não detém diretamente sua guarda, por força da dissolução da sociedade conjugal. O genitor não guardião permanece detentor da autoridade parental, mas seu conteúdo é reduzido, pois lhe é suprimida a prerrogativa de tê-los em sua companhia em tempo integral, segundo o art. 1632, CC. Todavia, muito mais do que o direito subjetivo dos pais, é um direito fundamental do filho de conviver com aqueles com os quais tem afeto, laços de amizade, de modo a reforçar a perspectiva dialogal, construindo a própria dignidade e personalidade. (TEIXEIRA; RODRIGUES, 2009).

Visto isso, toda criança ou adolescente terá direito à convivência familiar e comunitária, assegurado o direito de ser criado e educado no seio da própria família, ou de família substituta. Deverá ser garantida a igualdade de todos os filhos biológicos ou por adoção, assim como o direito ao sustento, guarda, educação e a convivência do menor com a mãe ou o pai privado de liberdade, por meio de visitas periódicas

promovidas pelo responsável ou, nas hipóteses de acolhimento institucional, pela entidade responsável, independentemente de autorização judicial (§ 4º do art. 19 do ECA).

Consoante ao que dispõe no regramento jurídico, a doutrina sobre a convivência dos filhos com os pais deve ser vista sob a ótica do melhor interesse da criança, visto que a lei prevê que a mãe e o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação do filho(a) e que deve ser garantido ao menor o direito de formar laços afetivos com seus pais e familiares.

Assim, quando ocorre a separação dos pais, Maria Helena Diniz entende que:

[...] como os pais têm o direito de ter a prole em sua companhia, com eles vivendo, fixam o domicílio dos filhos menores. Se os pais estiverem separados de fato, os direitos de ter os filhos em sua companhia e guarda cabem tanto ao pai como à mãe. Se os filhos menores forem confiados à guarda da mãe, não há ofensa ao poder familiar, porque o direito de guarda é da natureza, e não da essência, do poder familiar, podendo até ser confiado a outrem. (DINIZ, 2022, p. 203).

Ocorre que, com a chegada da pandemia do coronavírus, todas as orientações para frear a disseminação da doença dizem respeito, além dos cuidados sanitários, a necessidade de manter o isolamento social e a quarentena. No entanto, a recomendação de isolamento social causa diversas implicações no direito de família, como por exemplo, no convívio entre filhos e pais com guarda compartilhada.

3 DO DIREITO À CONVIVÊNCIA FAMILIAR DURANTE A PANDEMIA DA COVID-19

O direito à convivência familiar é garantido constitucionalmente e assegurado, no plano infraconstitucional, pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Neste momento, será realizada uma análise a respeito do avanço da pandemia da COVID-19, que fez surgir a necessidade de empreender esforços para tentar conter o vírus, como medidas de isolamento social e quarentena, dando causa a um enorme conflito entre

dois direitos fundamentais, o direito à saúde e o direito a convivência familiar.

3.1 Do avanço da pandemia da Covid-19

De acordo com dados do Ministério da Saúde (2020), em meados de dezembro de 2019 o mundo foi surpreendido pelo SARS-CoV-2, mais conhecido como novo Coronavírus, causador da doença COVID-19, surgida na cidade de Wuhan na China. Em cerca de dois meses foram confirmados milhares de casos de COVID-19 (atual denominação da doença), que resultaram em inúmeros óbitos.

Em março de 2020, o novo coronavírus disseminou-se para mais de uma centena de países, continuando a causar óbitos, especialmente em pessoas integrantes dos grupos de risco, como idosos, gestantes, imunossuprimidos e outros. Espalhando-se com rapidez, severidade e aumentando as dificuldades para contenção. Em 11 de março de 2020, a Organização Mundial da Saúde (OMS) declarou a pandemia pelo novo coronavírus, e os países começaram a empreender enormes esforços para conter o surto e reduzir a letalidade.

Em 22 de janeiro de 2020, no Brasil, foi ativado o Centro de Operações de Emergências em Saúde Pública para o novo coronavírus (COE Covid-19), estratégia prevista no Plano Nacional de Resposta às Emergências em Saúde Pública do Ministério da Saúde (2020). Em 06 de fevereiro de 2020, foi promulgada a Lei nº13.979/2020 dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde decorrente do coronavírus, determinando o isolamento social e a quarentena, na tentativa de evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus.

Em 26 de fevereiro de 2020 foi registrado o primeiro caso de coronavírus no Brasil, segundo estudo realizado pela SanarMed (2020). Em 20 de Março de 2020, houve a promulgação do Decreto Legislativo nº 06/2020, reconhecendo, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública. Em 28 de dezembro de 2020 a OMS descobriu que quanto mais o vírus circula, mais ele muda e que as variantes da doença têm um pequeno efeito sobre o vírus, em termos de comportamento e transmissão (OMS, 2020).

Com base nos dados obtidos pela SanarMed (2020), foi elaborada uma linha do tempo sobre a pandemia da COVID-19, que verificou que

em 07 de janeiro de 2021 o Brasil já havia atingido o número de 200 mil mortes pela COVID-19 e um outro número recorde foi batido neste mesmo dia com 1.841 mortes em 24 horas.

Em 17 janeiro de 2021 a Anvisa concedeu aprovação para o Brasil fazer uso emergencial de duas vacinas, a CoronaVac e a Vacina de Oxford, que foram distribuídas pelo país dando início a campanha de vacinação. Em 31 de julho de 2021 o Brasil registrou queda de 40% das mortes por COVID-19 com avanço da vacina, através de dados do Localiza SUS, do Ministério da Saúde (2020), apontando queda de 42% nos óbitos por coronavírus no mês de julho, diminuição dada pelo avanço da vacinação no país, visto que nesta data 96 milhões de brasileiros tinham recebido ao menos a primeira dose da vacina.

Em 01 de novembro de 2021, o secretário-geral da ONU, Antônio Guterres, declara que cinco milhões de pessoas haviam morrido de COVID-19 em menos de dois anos após o início da pandemia, e que além dos registros de mortes e dos hospitais superlotados e profissionais de saúde exaustos, existe o risco de novas variantes se espalharem e ceifarem mais vidas.

Em 23 de dezembro de 2021 as entidades médicas exigiram a aceleração da vacinação infantil de crianças no Brasil, recomendando a CoronaVac, por ser uma vacina considerada altamente segura para os menores. Em 28 de dezembro de 2021 o Brasil teve 80% de sua população vacinada com as duas doses da vacina contra COVID-19, correspondendo a aproximadamente 172 milhões de pessoas com idade acima de 12 anos, segundo dados do Ministério da Saúde (2020).

Ante o exposto, vê-se que após o surgimento da COVID-19, que permanece, chegando ao seu terceiro ano, o vírus que inicialmente surgiu na cidade de Wuhan na China foi avançando e atingiu todo o mundo, causando mortes, medo, dor e sofrimento a toda população. Com o intuito de conter a propagação da doença, os países começaram a instituir medidas, como o isolamento social e a quarentena, a fim de evitar a aglomeração de pessoas.

Dada a necessidade do isolamento social para conter a propagação do coronavírus, verifica-se a existência de um enorme conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à saúde e o direito a convivência familiar, uma vez que se determina o isolamento social para preservar a saúde da população e conseqüentemente limita-se a

convivência familiar entre filhos(as) que residem somente com o pai/mãe que detêm a guarda.

3.2 Do conflito entre o direito à saúde e o direito à convivência familiar

Como dito, dada a necessidade do isolamento social para conter a propagação do coronavírus, verifica-se a existência de um enorme conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à saúde e o direito a convivência familiar. Com isso, no presente tópico, verificar-se-á quais as medidas que foram tomadas diante do conflito entre ambos direitos fundamentais, sempre frisando que a convivência familiar além de garantir o melhor interesse da criança, é direito fundamental imprescindível para o desenvolvimento saudável do menor.

Em tempos “normais”, acredita-se que, ao fixar a guarda do menor em um acordo ou processo judicial, não se estabeleça como será o convívio entre o filho e o não guardião durante períodos extraordinários, como no caso da pandemia. No entanto, é possível estabelecer hipóteses para que a convivência familiar seja mantida durante um cenário como o da pandemia do coronavírus (BUFULIN; BRAZ; VITÓRIA, 2020).

Dado o cenário de crise sanitária, para assegurar a saúde do menor e viabilizar a convivência familiar, evitando expor as crianças ao risco de contágio, são exploradas as mais diversas ferramentas disponíveis na sociedade. Para tanto, faz-se necessário, comunicação pacífica entre os pais, com o intuito de dar efetividade ao melhor interesse da criança, uma vez que a existência de disputa pela convivência com o filho(a) dentro do âmbito familiar só trará prejuízos a saúde mental e risco de contaminação para o menor.

Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa menciona que deve ser resguardada a proteção integral e o melhor interesse da criança e do adolescente:

Assim, caso um dos genitores trabalhe na área da saúde ou de carreiras essenciais como, por exemplo, da segurança pública, a manutenção do convívio poderá representar em fator de contaminação e, dessa forma, o contato presencial com o filho não é recomendado. [...] Distância física não representa em distanciamento afetivo. Assim, os meios virtuais

podem ser instrumento para que, o momentâneo confinamento, sirva como marca de um registro de uma época, apesar de preocupante e nos represente um nó na garganta, seja espaço de verdadeiro laço afetivo entre pais e filhos (IBDFAM, 2020).

No mesmo sentido, o Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente (CONANDA) emitiu, em março de 2020, a recomendação nº18 para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19, a fim de amenizar os prejuízos da pandemia do coronavírus, autorizou a substituição de disciplinas presenciais por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação e comunicação em cursos que estão em andamento.

Visto isso, Silva (2021) aborda que houve manifestações no sentido de equiparar o período de isolamento ao período de férias escolares. A título de exemplo: Estabelecer que o menor ficará o período de 15(quinze) dias com cada genitor, cabendo ao judiciário analisar o caso em concreto. Nesse sentido, Conrado Paulino da Rosa, defende que o período de isolamento social vivenciado com a pandemia assemelha-se ao período de férias escolares, afirmando que:

[...] Estamos em período de suspensão das atividades escolares, tal qual ocorre quando das férias acadêmicas, ainda que de forma forçada e sem tempo determinado. Dessa forma, a melhor interpretação a ser realizada a qualquer sentença ou acordo firmado, enquanto perdurar essa situação, é seguir a estipulação já existente quanto às férias, em especial, ao período de verão, que é o maior tempo sem aulas que os filhos desfrutam (IBDFAM, 25 mar. 2020).

Com isso, vê-se que uma alternativa apresentada para manter a convivência familiar foi igualar o período de isolamento social ao período de férias escolares, ressaltando a necessidade de haver sempre consenso entre os pais. Não havendo acordo, sugere-se divisão de tempo igualitária do menor com os genitores que moram na mesma cidade.

Para Conrado (IBDFAM, 2020), uma divisão de tempo igualitária do menor com os pais seria possível em casos onde os genitores residem na mesma cidade, no entanto, residindo os pais em cidades ou estados distintos, possibilitar a convivência física do filho com o pai não

guardião colocaria o infante em risco de contágio ou transmissão do coronavírus, fato que vai totalmente de encontro aos interesses do menor.

Isso porque, de acordo com o Protocolo de Manejo Clínico (2020, p.41), elaborado pelo Ministério da Saúde, através de um estudo com especialistas acerca dos sintomas, da transmissão e da prevenção da COVID-19, crianças menores de 05 (cinco) anos estão em condições de risco de possíveis complicações da síndrome gripal, destacando-se que o maior risco de hospitalização é em menores de 02 (dois) anos, especialmente em crianças menores de 06 (seis) meses, que possuem a maior taxa de mortalidade.

Nesse sentido, concluiu-se que grande parte das crianças e adolescentes infectados pela doença poderão ser assintomáticos e se forem sintomáticos, muitos poderão apresentar sintomas leves ou sem gravidade, mas poderão contaminar familiares que pertencem a grupo de risco que poderão vir a apresentar complicações, motivo pelo qual faz-se necessária a recomendação de manter-se o isolamento domiciliar em casos suspeitos ou confirmados, mesmo que não apresentem gravidade, a fim de reduzir a quantidade de pessoas em exposição ao coronavírus.

Ocorre que, em que pese a orientação seja de manter o isolamento social, há entendimentos no sentido de que, por mais que a guarda e o direito de convivência possam ser alterados, tal modificação deve se dar de forma fundamentada, inadmitindo que ocorra alguma alteração de forma automática e diferente do que restou fixado pelo juiz.

Desse modo, tendo em vista que o direito de família brasileiro ao regular a guarda compartilhada e a convivência familiar não previu um regimento de normas específicas para situações excepcionais como uma pandemia mundial, faz-se necessário analisar os fundamentos utilizados pelos juízes ao solucionar as demandas surgidas durante o cenário pandêmico, a fim de verificar se, para manter a segurança, saúde e conter a propagação do vírus relativizou-se o direito a convivência familiar.

4 DA ANÁLISE DOS JULGADOS PROFERIDOS PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL NOS ANOS DE 2020 A 2022

Como exposto anteriormente, a pandemia da COVID-19, afetou todo o mundo nos mais variados setores da vida humana, o que não foi diferente com o direito de família. Dada a necessidade de isolamento

social e quarentena para conter a propagação do vírus, a convivência familiar tornou-se um perigo para a saúde daqueles que compõe o núcleo familiar.

Isso porque, quando a união entre o casal se desfaz, havendo filhos, faz-se imprescindível a manutenção do vínculo de afeto e convivência dos filhos com os pais não guardiões ou que estão sob guarda compartilhada e não habitam o mesmo lar que o menor. O que, em um momento excepcional como o vivenciado, exige dos genitores diálogo e bom senso para decidir o que será melhor para a criança.

Ocorre que, em inúmeras relações intrafamiliares o conflito prevaleceu ao diálogo, o que ocasionou a propositura de diversas ações judiciais, a fim de regulamentar a convivência familiar neste período, o que fez com que o judiciário precisasse se readequar para atender essas novas demandas.

Desse modo, segundo o IBDFAM (2020) “[...] as precauções para frear a disseminação da doença levam a implicações, por exemplo, no convívio entre filhos e pais com guarda compartilhada durante dias em que a recomendação é de isolamento social [...]”. Isso posto, sendo o isolamento social a recomendação dada, surge-se o seguinte impasse: Como manter a divisão equilibrada do convívio entre os filhos e os pais que não possuem a guarda ou que possuem guarda compartilhada, mas não residem no mesmo lar?

Em face disso, serão analisadas as decisões proferidas pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos períodos compreendidos entre janeiro de 2020 e janeiro de 2022 da pandemia do coronavírus. Para tanto, utilizou-se a escolha das seguintes palavras-chaves: "regulamentação de visitas" e pandemia ou COVID-19 e guarda. Aplicando a pesquisa o seguinte filtro: Data da Publicação: 01/01/2020 até 01/01/2022, o que gerou 07 resultados, os quais serão analisados neste momento.

De se pontuar que a delimitação do tema, a escolha dos termos e do recorte temporal deu-se no intuito de encontrar resultados com maior relevância decisória, a fim de relacionar-se ao problema proposto e a revisão bibliográfica utilizada, objetivando, com a análise dos argumentos decisórios, chegar ao resultado da hipótese sobre o problema proposto, utilizando a metodologia de análise de decisões.

Realizar-se-á, neste momento, a verificação de como os magistrados utilizaram os conceitos, valores, institutos e princípios

presentes nas narrativas decisórias, buscando, a partir da fundamentação das decisões, identificar se, para manter a segurança, saúde e conter a propagação do vírus, relativizou-se o direito a convivência familiar no período antes mencionado.

4.1 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação principal nº 001/1.14.0079737-4. Agravo de instrumento nº 70084139260. Abril de 2020

Em 15 de abril de 2020, o Relator Carlos Eduardo Zietlow Duro, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de forma monocrática, julgou parcialmente provido o Agravo de Instrumento nº 70084139260, interposto em face da r. decisão proferida nos autos da Ação de Dissolução de União Estável, Alimentos e Regulamentação de Visitas.

A referida decisão indeferiu o pedido da mãe de que fosse oportunizada readequação do convívio com sua filha no período de quarentena, visto que suas atividades como educadora infantil estavam suspensas, postulando a reforma da decisão agravada a fim de manter convívio com a filha no período da quarentena.

O indeferimento se deu sob o fundamento de que a que a convivência deveria ocorrer, provisoriamente, em caráter virtual, considerado o momento excepcional, entendendo que, embora a gravidade do momento, não é admissível que a menor esteja privada de conviver com sua genitora, não havendo comparação entre o convívio virtual e o pessoal.

Assim, tendo em vista que o juiz de 1º grau da Comarca de Porto Alegre/RS indeferiu o convívio pessoal da criança com a mãe no período da “quarentena”, face a COVID-19, deferindo a convivência somente virtual, a genitora postulou, em sede de agravo de instrumento, que o convívio com a criança ocorresse na residência da avó materna.

No entanto, o pedido foi indeferido de forma monocrática pelo desembargador, tanto porque a guarda é mantida pelo genitor, como também porque a agravante teria informado que ficaria até a Páscoa na cidade de POA, ainda que houvesse informado a suspensão de suas atividades no período da Pandemia. O Relator, a fim de preservar a necessária convivência entre mãe e a filha, concluiu pela realização da

visitação, não obstante o evento da COVID-19. Vê-se trecho, *in verbis*, da r. decisão:

[...] a mãe certamente empreenderá todos cuidados que a etiqueta médica recomenda para preservar a saúde da criança. Devida a adequada convivência da mãe e filha, de forma pessoal e não somente virtual para o período do COVID-19, já que a mãe permanecerá neste período na cidade de residência da criança. Postas estas considerações, a fim de preservar a necessária convivência entre a mãe e filha, deve ser regulamentada a retirada da filha para sábados, alternados, pegando-a às 10 horas e devolvendo-a no domingo às 18:00 horas, conforme o pedido subsidiário (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

No presente caso, vê-se que o acórdão deixa de esmiuçar critérios utilizados para solução da colisão entre o direito fundamental a saúde e o direito a convivência familiar, não expondo fundamentos sobre ambos os interesses envolvidos, apenas alegando que “a mãe certamente empreenderá todos cuidados que a etiqueta médica recomenda para preservar a saúde da criança.” Sem enfrentar diretamente quais seriam os cuidados para preservar a saúde da criança.

Haja vista a ausência de fundamentação que demonstre a linha de raciocínio empregada pelo julgador e a obscuridade em esclarecer o confronto dos fatos e argumentos produzidos, infere-se da análise que, muito embora o TJRS tenha negado provimento parcial ao recurso da genitora, o relator, visando a necessária convivência entre mãe e a filha, decidiu pela regularização da visitação materna, entendendo adequada a convivência da mãe e filha, de forma pessoal e não somente virtual para o período do COVID-19. Visto isso, conclui-se que no presente caso o direito a convivência familiar não foi relativizado.

4.2 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Principal nº 023/1.18.0004987-5. Agravo de Instrumento nº 70084274315. Setembro de 2020

Em 11 de setembro de 2020, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada do voto do Relator Luiz Felipe Brasil Santos acordou, em unanimidade, para dar

provimento ao agravo de instrumento nº70084274315, acolhendo o pedido alternativo da agravante, interposto em face da decisão proferida nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável c/c Guarda e Alimentos ajuizada na Comarca de Rio Grande/RS.

A decisão acima mencionada indeferiu as visitas presenciais da recorrente à filha, tendo em vista que a menina reside também com os avós paternos, que fazem parte do grupo de risco de contaminação pelo novo coronavírus.

A recorrente, ao apelar sustentou, em síntese, que a idade avançada dos avós paternos não pode obstar o direito de convivência com a mãe e que a guarda provisória da infante foi concedida ao genitor e não os avós, e que por isso, se o exercício da guarda pelo genitor não atende ao melhor interesse da criança, ela deve ser alterada e que o convívio parental equilibrador repercute diretamente no desenvolvimento físico e emocional de forma saudável da criança, não podendo, por essa razão, privar a menor do convívio materno para privilegiar interesse de terceiros, no caso, dos avós paternos.

Mencionou que no terreno onde reside o guardião, existem duas casas, entendendo que por isso seria possível que o genitor residisse com a infante em uma das casas, enquanto os avós paternos habitassem a outra construção, evitando o contato direto da criança com os avós, que fazem parte do grupo de risco, ressaltou desejo em que a filha permanecesse consigo durante o período de suspensão das atividades escolares, por entender que essa medida diminui os riscos de contaminação, ao invés de visitas em finais de semana alternados.

Acrescentou que tem se comunicado com a filha apenas por telefone, e que o convívio presencial com a genitora é indispensável ao desenvolvimento sadio da criança, assegurando que o deslocamento da infante entre a cidade de Rio Grande, onde mora com o genitor, e a cidade de Arambaré, onde reside a agravante, é feito em veículo particular, sem haver riscos.

E, por fim, requereu a autorização da infante para permanecer com a mãe durante o período de suspensão das atividades escolares, ou, alternativamente, pugnou pelo restabelecimento do regime de visitação em finais de semanas alternados e com pernoite, como havia sido anteriormente fixado.

Ao julgar o agravo, o relator Luiz Felipe Brasil Santos não acolheu o pedido de reforma principal que postulava a autorização da

infante para permanecer junto a genitora durante o período de suspensão das atividades escolares. A decisão foi dada sob o fundamento de que a guarda provisória da filha pertence ao genitor, descabendo autorizar que a menina permanecesse com a mãe durante o período de suspensão das atividades escolares, pois sequer havia perspectiva de retorno.

Assim, referiu que conceder essa autorização significaria alterar a guarda da menor por período indefinido, o que não se mostrou adequado no presente caso, pois restou comprovado que o genitor possui melhores condições de permanecer com a infante. Contudo, o relator entendeu cabível o restabelecimento das visitas de forma presencial a genitora, nos exatos moldes definidos anteriormente no processo originário, ou seja, em finais de semana alternados, com pernoite.

Manifestou ainda, que assim agindo, estava ressaltando seu entendimento pessoal acerca da realização de visitas durante a pandemia e seguindo à orientação predominante do Colegiado (Rio Grande do Sul, 2020), de que “mesmo diante do cenário atual, devem ser viabilizadas as visitas presenciais, competindo aos genitores adotar todas as cautelas e medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades da área de saúde, e evitando expor a criança ao convívio de outras pessoas. Isso, porque, de fato, não há perspectiva de quando se encerrará a pandemia e, conseqüentemente, o risco de contágio pelo vírus da Covid-19”.

Visto isso, os Desembargadores José Antônio Daltoé Cezar e Ricardo Moreira Lins Pastl, de acordo com o Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, deram provimento, por unanimidade, ao agravo de instrumento nº 70084274315, acolhendo o pedido alternativo.

No presente caso, é possível constatar que o acórdão também deixa de esmiuçar critérios utilizados para solução da colisão entre o direito fundamental a saúde e o direito a convivência familiar, deixando de expor fundamentos sobre ambos os interesses envolvidos, apenas afirmando competir aos genitores adotar todas as cautelas e medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades da área de saúde, e evitar expor a criança ao convívio de outras pessoas.

Desse modo, não havendo fundamentação que demonstre a linha de raciocínio empregada pelo julgador em esclarecer o confronto dos fatos e argumentos produzidos, infere-se que o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao acolher o pedido alternativo da agravante e determinar o restabelecimento das visitas de forma presencial

à mãe, decidiu de forma que o direito a convivência família não foi relativizado.

4.3 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Principal nº 049/1.19.0001972-1. Agravo de Instrumento nº 70084366756. Outubro de 2020

Em 09 de outubro de 2020, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada do voto do Relator Luiz Felipe Brasil Santos acordou, em unanimidade, para dar provimento ao agravo de instrumento nº70084366756 interposto em face da r. decisão proferida nos autos da Ação de Reconhecimento e Dissolução de União Estável c/c Guarda e Alimentos ajuizada na Comarca de Frederico Westphalen/RS, que indeferiu o pedido de que restabelecimento das visitas paternas presenciais.

Visto o indeferimento do restabelecimento das visitas paternas presenciais, o pai, em sede de agravo de instrumento, em síntese, sustentou que, por causa do julgamento do agravo de instrumento n. 70084129725@ indeferindo as visitas, solicitou transferência de seu local, para viabilizar a retomada do contato físico com o menor.

Alegou ainda que a mãe do menor reside em Município cuja classificação no sistema de bandeiras do distanciamento é pior do que a do Município de residência do genitor, e que não se justifica a suspensão das visitas ao pai, pois a mãe trabalha em clínica de odontologia e também está exposta a risco de contágio.

O Relator, sem ignorar o teor do acórdão prolatado no julgamento do agravo de instrumento nº70084129725@, reconheceu que o pai não está mais laborando no Hospital em que trabalhava anteriormente, prestando serviços apenas na UPA e SAMU. Fato que considerou demonstrar alteração do contexto fático que ensejou a prolação da decisão objeto daquele agravo de instrumento n. 70084129725@, o que o levou a entender necessário o reexame da pretensão do genitor de retomar as visitas presenciais.

Ao reexaminar a pretensão do genitor, concluiu pela realização da visitação, não obstante o evento da COVID-19. Vê-se trecho, *in verbis*, da r. decisão.

Com efeito, apesar do risco de contágio decorrente da pandemia de Covid-19, não há razão para limitar, de modo absoluto, a convivência paterna de forma presencial, na linha da orientação deste Colegiado sobre o tema, até mesmo porque não se sabe quando a atual situação pandêmica será superada. Ademais, como já mencionado, o agravante, que é médico, deixou de laborar no setor dedicado aos pacientes possivelmente acometidos pelo vírus da Covid-19, deixando, portanto, de se submeter a alto risco de contaminação (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

4.4 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Principal nº 161/1.18.0000778-5. Agravo de Instrumento nº 70084839208. Dezembro de 2020

Em 16 de dezembro de 2020, a Relatora Sandra Brisolara Medeiros, da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, de forma monocrática, julgou desprovido o Agravo de Instrumento nº 70084839208, interposto em face da r. decisão proferida nos autos de Regulamentação de Visitas ajuizada na Comarca de Salto do Jacuí/RS.

A referida decisão indeferiu o pedido da agravante de visitação presencial do filho, que se encontrava sob a guarda da agravada, avó paterna, do dia 22/12/2020 até 29/12/2020, em Porto Alegre, em razão das restrições para evitar a propagação da COVID-19.

Em sede de agravo de instrumento, sustentou a agravante, em primeiro momento, que no Município de Salto do Jacuí, não houve a decretação de lockdown, e que por essa razão não poderia o juiz restringir a liberdade da mãe de visitar o filho sob o fundamento de que viajar de Porto Alegre até Salto do Jacuí não seria aconselhável para manter a convivência familiar.

Em segundo momento, que o transporte público não estava suspenso no Rio Grande do Sul, havendo apenas obrigações para garantir as medidas de segurança dos condutores e passageiros. Argumentou entender ser perfeitamente possível prevenir o contágio e manter o direito a convivência familiar, motivo pelo qual postulou o deferimento do pedido de realização de visitas no período de 22 até 29 de dezembro na residência materna.

A relatora ao julgar o presente caso, expôs em sua fundamentação que em recurso anterior proposto pela agravante, mais precisamente no julgamento do AI 70084262583, o Colegiado a Sétima Câmara Cível, analisando pedido também de regulamentação de visitas proveu parcialmente a pretensão para regulamentar a convivência da agravante com o filho de forma virtual, duas vezes na semana, em horário a ser combinado entre as partes.

Relatou que após isso, em outubro de 2020, a agravante fez novo requerimento ao juízo de origem, que deferiu a retomada das visitas presenciais, a serem realizadas na cidade de Salto do Jacuí, em domingo esporádicos, não mais quinzenais, das 10h às 18h, mediante prévio contato com a avó-guardiã e que um mês depois a genitora postulou visitas presenciais em sua residência, em Porto Alegre/RS, do dia 11/12/2020 ao dia 29/12/2020, comprometendo-se a buscar e devolver o filho para a avó-guardião em Salto do Jacuí/RS.

Ocorre que sobreveio manifestação da avó-guardiã, manifestando-se de forma contrária ao pedido, não só em razão da pandemia, mas também sob o argumento de que apesar dos inúmeros pedidos judiciais de visitação, a mãe não manteve contato com o filho, nem de forma virtual, nem presencial. Com base nisso, fundamentou a relatora que a análise do presente caso deve estar amparada no princípio da prevalência do bem-estar do menor.

E que o convívio familiar faz prevalecer tal princípio, entendendo que privar o menor do seu direito a convivência com os pais ou com quem possuir vínculo afetivo afronta o art. 227 da Constituição Federal, sendo imprescindível propiciar o convívio entre o pai que não detêm a guarda e o filho, para que não seja rompido o vínculo existente entre eles, na forma do artigo 1.589 do Código Civil.

Por fim, a desembargadora negou provimento ao presente recurso, entendendo que, por mais que seja necessário a manutenção do vínculo entre mãe e filho, deferir a visitação no presente caso vai de encontro ao melhor interesse da criança, tanto pela questão da pandemia, como porque a genitora em outras ocasiões não demonstrou interesse em manter laços com o filho. Contudo, destacou que a agravante não está impedida de ver o filho, o que pode se concretizar por meio virtual ou por visitas esporádicas, aos domingos, em Salto do Jacuí/RS.

Visto isso, entende-se que a presente decisão monocrática está em conformidade com o sistema protetivo do menor, uma vez que em que

pese se trate de um caso excepcional, e que tenha sido negado provimento ao presente recurso, foram devidamente examinados os fatos pela desembargadora, usando como parâmetro para sua fundamentação o princípio do melhor interesse da criança, consubstanciado no Estatuto da Criança e do Adolescente e no artigo 227 da Constituição Federal.

Além disso, observa-se que a decisão esmiuça os critérios utilizados para solução da colisão entre o direito fundamental a saúde e o direito a convivência familiar, expondo fundamentos sobre ambos os interesses envolvidos, na medida em que trata da não só da necessidade do isolamento social, mas também da necessidade de manutenção do convívio para o desenvolvimento do menor:

A meu sentir, **o distanciamento social agora vigente e necessário, não pode ser utilizado para afastar o genitor não-guardião do filho** se ambos não fizerem parte do grupo de risco. Também não há por que restringir o direito de convivência se o menor ficar exclusivamente sob os cuidados do genitor durante a visitação, em ambiente seguro, uma vez demonstrada, efetivamente, **a importância do convívio no desenvolvimento, considerando o vínculo afetivo existente** (RIO GRANDE DO SUL, 2020).

Ao expor suas razões, a relatora enfatiza que em situações anteriores a genitora teve a concedido o direito a visitar o filho e não o fez, e, mesmo negando o pedido da forma proposta pela agravante, decide por permitir que a mãe conviva com o filho por meio virtual ou por visitas esporádicas aos domingos, considerando a tenra idade do menor e a pretensão de retomada dos vínculos afetivos, o que faz-se concluir que no caso em apreço também não houve a relativização do direito a convivência familiar.

4.5 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Principal Nº 5018785-41.2020.8.21.0008. Agravo de Instrumento Nº 50005073120218217000. Abril de 2021

Em 08 de abril de 2021, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada do voto do Relator Luiz Felipe Brasil Santos acordou, em unanimidade para negar provimento ao agravo de instrumento nº 50005073120218217000,

interposto em face da r. decisão proferida nos autos da Ação de Divórcio, cumulada com Oferta de Alimentos, Guarda, Regulamentação de Visitas e Nulidade de Negócio Jurídico ajuizada na Comarca de Canoas/RS, que indeferiu o pedido liminar de divórcio e postergou o pedido de visitação para depois de formado o contraditório.

Não satisfeita com a decisão que indeferiu o pedido liminar de divórcio e postergou a análise do pedido de visitação, a agravante interpôs recurso, requerendo o direito de visitação sob o fundamento de que o genitor fugiu com os dois filhos menores para o Estado do Rio Grande do Sul e que apesar da pandemia de Covid-19, não se pode esperar que as partes resolvam consensualmente a forma de convivência materna.

Acrescentou que não há situação concreta de risco à saúde dos menores, pois além de o Poder Público estar adotando medidas de prevenção para evitar a disseminação do vírus, não se enquadra no grupo de risco e não possui qualquer sintoma da doença, postulando que seja preservado o vínculo afetivo entre mãe e filhos, imprescindível para o desenvolvimento saudável dos infantes, visto que não há registro de que não esteja observando as necessárias medidas de proteção ou esteja expondo os filhos a risco de contaminação.

Enquanto o pedido de divórcio foi deferido no processo de origem, o relator, ao julgar o agravo quanto as visitas, desproveu o recurso, sob o fundamento a seguir colacionado:

[...] a pandemia de Covid-19 não configura, em regra, motivo para impedir, modo absoluto, o contato entre pais e filhos. **Contudo, no caso, deve ser ponderado que a genitora, ora agravante, reside em outro Estado, em Balneário Camboriú, ao passo que os filhos residem com o pai na cidade de Canoas, neste Estado. Embora se reconheça o direito à convivência com os filhos, a distância de aproximadamente 500km entre as cidades é fator que obsta a regulamentação das visitas em finais de semana alternados, como pretendido pela autora/agravante.** Além do mais, conforme a narrativa posta na inicial, o genitor teria se mudado com a prole em janeiro de 2020 e a presente ação foi proposta apenas em 20.11.2020, sendo que o indeferimento do pedido de visitação ocorreu em decisão datada de 02.12.2020, da qual a parte somente recorreu já no corrente ano de 2021. Todos esses

fatores, somados, denotam não haver qualquer urgência na regulamentação das visitas maternas. De qualquer forma, pelo que se extrai da contestação já apresentada na origem, o varão não se opõe à convivência da autora com os filhos. (Agravado de Instrumento, Nº 50005073120218217000, Oitava Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em: 08-04-2021). (grifo nosso)

Face ao exposto, os Desembargadores José Antônio Daltoé Cezar e Ricardo Moreira Lins Pastl, de acordo com o Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, negaram provimento, por unanimidade, ao agravo de instrumento nº 50005073120218217000, rejeitando o pedido da agravante.

Ao analisar a decisão, conclui-se que o acórdão deixou de expor fundamentos sobre ambos os interesses envolvidos, apenas afirmando que embora se reconheça o direito à convivência com os filhos, a distância de aproximadamente 500km entre as cidades é fator que obsta a regulamentação das visitas.

Assim, no caso em apreço, o TJRS rejeitou o pedido de visitação da mãe aos filhos, sob os fundamentos de que a genitora reside em Estado diferente e que levou meses para ingressar com a ação pedindo a visitação, o que demonstra que não há urgência na regulamentação de visita, deixando de estabelecer convivência por telefone ou chamadas de vídeo, o que faz concluir, no presente caso, que houve o preavalecimento do direito à saúde, e a relativização do direito a convivência familiar.

4.6 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Ação Principal Nº 019/1.18.0003326-2. Agravo de Instrumento Nº 70084935188. Maio de 2021

Em 13 de maio de 2021, a Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada do voto do Relator Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves acordou, em unanimidade, para negar provimento ao agravo de instrumento nº 70084935188, interposto em face da r. decisão proferida nos autos da Ação de Guarda, ajuizada em Novo Hamburgo/RS que determinou a retomada das visitas presenciais entre o autor e filho, de forma quinzenal, das 9h de sábado às 19h de domingo, bem como em feriados alternados.

Não satisfeito com a decisão, o genitor interpôs agravo sob o fundamento de que a visitação por meio virtual se mostrou prejudicial, tanto ao pai e aos avós, como também ao menor e que embora tenha sido estabelecido a convivência de forma presencial, o período de convivência do menor com a família paterna foi reduzido consideravelmente, prejudicando o fortalecimento do vínculo afetivo, já que as visitas foram inicialmente fixadas quinzenalmente, das 18h de sexta-feira às 10h de terça-feira.

Acrescentou ainda o agravante, que este formato de visitação vinha sendo praticado há três anos, mas, com o início da pandemia entendeu pela suspensão presencial destas, na tentativa de conter os efeitos da pandemia e mencionou que o laudo pericial que embasou a decisão recorrida, sugeriu a visitação nestes novos moldes, pois o menor frequenta a pré-escola. No entanto, alegou que todas as escolas estão com as atividades presenciais suspensas indefinidamente, a fim de conter a propagação do COVID-19, motivo pelo qual postulou a retomada da visitação na forma anteriormente estabelecida.

A genitora do menor apresentou contrarrazões ao recurso dizendo que o filho frequenta a pré-escola e somente não está comparecendo às aulas presenciais em razão da pandemia do Covid-19, mas afirmou existir previsão para o retorno das aulas presenciais, motivo pelo qual pediu o desprovimento do recurso. Deu-se vista do processo ao Ministério Público, que opinou pelo desprovimento do recurso.

Ao julgar o recurso, o relator aduziu inicialmente que o genitor não detentor da guarda tem direito de conviver com o filho, acompanhar sua educação e estabelecer vínculo afetivo com o menor, devendo o direito de visita ser estabelecido mais sob a ótica do direito do menor, do que dos pais, visto que é regulamentado com foco no interesse dos filhos e frisou ser necessário que as visitas permitam efetiva aproximação entre pai e filho, a fim de desenvolver vínculo afetivo entre ambos.

Após, referiu recordar que em 31 de outubro de 2018, a genitora interpôs o agravo de instrumento nº 70077717916 contra a decisão que fixou visitas do filho ao pai, de 15 em 15 dias, das 18 horas de sexta até às 18 horas de domingo, acolhendo o pedido para que a avó paterna buscasse e entregue a criança, recurso que foi negado provimento.

Outrossim, referiu que no presente caso houve grande litígio sobre a guarda do infante e que, com o surgimento da pandemia, sobreveio decisão suspendendo as visitas. Com isso, o genitor pleiteou o

restabelecimento das visitas presenciais com o filho, que restaram fixadas, de forma quinzenal, das 9h de sábado às 19h de domingo, bem como em feriados alternados. E contra essa decisão interpôs agravo de instrumento postulando a retomada da visitação na forma anteriormente estabelecida.

O relator negou provimento ao recurso, por entender que a visitação estabelecida permite o convívio familiar. Por fim, o Desembargador Carlos Eduardo Zietlow Duro e a Desembargadora Sandra Brisolara Medeiros, de acordo com o Relator Desembargador Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves, negaram provimento, por unanimidade, ao agravo de instrumento nº 70084935188, rejeitando o pedido do agravante.

Ante o exposto, analisando a fundamentação do acórdão, vê-se que a decisão esmiuça os critérios utilizados no voto, destacando que o genitor não detentor da guarda tem direito de conviver com o filho e estabelecer vínculo afetivo com o menor, devendo a convivência se dar foco no interesse dos filhos, a fim de permitir a efetiva aproximação entre pai e filho e a criação de vínculo afetivo entre ambos, que é imprescindível para o desenvolvimento saudável e para a estabilidade emocional do menor.

Visto isso, entende-se que, no caso em apreço, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, ao negar provimento ao recurso, não relativizou o direito a convivência familiar, uma vez manteve a convivência de forma quinzenal, das 9h de sábado às 19h de domingo, bem como em feriados alternados, permitindo o convívio do filho com o pai e com os familiares paternos.

4.7 Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Apelação Cível Nº 5005156-55.2019.8.21.0001. Agosto de 2021

Em 26 de agosto de 2021, a Oitava Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, acompanhada do voto do Relator Luiz Felipe Brasil Santos acordou, em unanimidade, para negar provimento aos recursos interpostos por ambas as partes em face da r. sentença proferida nos autos da Ação de Alteração de Guarda cumulada com Alimentos e Regulamentação de Convivência ajuizada na Comarca de Porto Alegre/RS.

A referida sentença julgou parcialmente procedentes os pedidos para consolidar o regime de guarda com partilhada em relação ao filho, com lar de referência materno, assegurando ao requerido o direito de conviver com o menor, e indeferindo o pedido da mãe de fixação de alimentos complementares ao menor.

O genitor interpôs recurso de apelação, suscitando, em síntese, que o Juízo de origem não observou as disposições do Código Civil, que priorizam o compartilhamento da guarda e que o menor passava uma semana com cada um dos genitores, manifestando que a alteração do período de convivência do menor com o genitor acarretará prejuízos à criança.

Asseverou ainda que as desavenças entre os genitores não são suficientes para afastar o compartilhamento da guarda, portanto, pleiteou a reforma da sentença, inclusive para proceder à divisão igualitária do tempo de convivência com ambos os genitores e postulou a fixação do lar paterno como lar de referência do menor, por ser quem detém melhores condições de proporcionar um lar estável, equipado e que atenda às necessidades do infante.

Referiu, por fim, que a mãe delega os cuidados do filho a amigos ou parentes, o que também expõe a criança ao risco de contaminação pelo vírus da Covid-19. Isso posto, pugnou pelo estabelecimento da guarda compartilhada do filho comum, fixando a residência paterna como base de moradia.

Na sequência, a genitora interpôs recurso adesivo, alegando que após a prolação da sentença, o demandado voltou a apresentar uma conduta agressiva em sua comunicação e descumpriu a decisão judicial acerca da convivência, condicionando a entrega do menor à madrinha da criança.

Alegou que o genitor descumpriu também o acordo da guarda compartilhada, na medida em que decidiu unilateralmente levar a criança para viajar depois da prolação da sentença e que o genitor efetuou ao menos três viagens com o filho, todas sem prévia comunicação à genitora, conduta que entende colocar o menor em risco em meio à pandemia de Covid-19, uma vez que a genitora e possivelmente a criança integram o grupo de risco.

Acrescentou que o requerido não toma as medidas de precaução para evitar o contágio pelo vírus da COVID-19 e descumprir os termos da

guarda compartilhada, tendo dado ao filho um aparelho de telefone celular sem consultar a recorrente, impedindo o contato materno-filial enquanto a criança está sob a companhia paterna.

Outrossim, mencionou que o genitor estava descumprindo a guarda compartilhada ao expor o filho à presença de estranhos, visto que recebia hóspedes em sua casa, tudo sem o conhecimento ou consentimento da genitora, ressaltando ser legítima a preocupação desta, tendo em vista que os hóspedes fazem uso de espaços comuns da residência.

Visto isso, postulou a alteração da guarda da criança, a ser fixada de forma unilateral a mãe, sob o fundamento de que a manutenção da guarda compartilhada não é positiva para o infante, dada a dificuldade dos contendores em administrar os conflitos sem envolver o filho, como apontado em laudo social.

Subsidiariamente, requereu a manutenção da visitação paterna quinzenal e em quartas-feiras, exceto durante a pandemia de COVID-19 e/ou do período que o genitor estiver recebendo hospedes, oportunidades na qual a convivência deverá ser mantida exclusivamente pelo formato virtual.

O relator, ao analisar as questões relativas a guarda e convivência, objeto da apelação interposta pelo pai e do recurso adesivo manejado pela mãe, asseverou que tais questões são delicadas e exigem ampla análise, a fim de que prevaleça o melhor interesse da criança ou adolescente.

Em primeiro momento, ressaltou que a pretensão deduzida pelo genitor não é de manter a guarda compartilhada, mas sim, de instituir-se a guarda alternada, de modo que o infante permaneça com cada um dos genitores pelo período de uma semana, alternadamente. Entretanto, afirma que tal modalidade de guarda não proporciona que a criança tenha uma rotina bem ajustada e um lar de referência, o que se faz imprescindível visto a idade do menor.

Nesse sentido, ressaltou trecho mencionado no laudo social produzido pela Central de Atendimento Psicossocial Multidisciplinar, que referiu que "o compartilhamento da guarda não se caracteriza necessariamente, pela partilha equitativa do tempo de convívio dos filhos, mas principalmente pela efetiva cooperação dos pais nos cuidados dos filhos e deixar de lado suas desavenças pessoais".

O pedido de guarda unilateral em favor da genitora, também não recebeu amparo, visto que entendeu o relator que ambos os genitores possuem condições de exercer a guarda, seja sob o aspecto psicológico, seja sob o ponto de vista social e ressaltou que a modalidade e o exercício da guarda devem ser fixados sob a ótica dos interesses da criança e não sob as conveniências dos pais.

Quanto a regulamentação da convivência paterno-filial, apesar das preocupações manifestadas pela genitora em relação à pandemia de COVID-19 e de um possível risco adicional envolvendo o infante, porquanto ele pode padecer de enfermidade genética, não restou comprovado nos autos a possibilidade de possuir alguma enfermidade, sendo uma mera suspeita, motivo pelo qual não concedeu reparo. Por fim, referiu que:

Não bastasse isso, é notório que, a despeito de prosseguirmos vivenciando a pandemia de Covid-19, **os indicadores de contaminações e óbitos no âmbito nacional reduziram drasticamente, sendo que, por outro lado, os níveis de vacinação da população têm progredido diariamente. Logo, não há qualquer situação excepcional que justifique, atualmente, a suspensão da convivência presencial do genitor com o filho**, exceto, como posto na sentença, na hipótese em que o demandado receba hóspedes em sua casa, pelo sistema gerenciado pela plataforma CouchSurfing, ou similar. Por tais fundamentos, também na esteira do parecer ministerial, voto por NEGAR PROVIMENTO a ambos os recursos. (grifo nosso).

Face ao exposto, o Desembargador Ricardo Moreira Lins Pastl e o Juiz de Direito Mauro Caum Gonçalves, de acordo com o Relator Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, negaram provimento, por unanimidade, a ambos os recursos.

Ao analisar a decisão, conclui-se que o acórdão abordou fundamentos sobre ambos os interesses envolvidos, na medida em que fundamenta que o exercício da guarda deve se dar com base no melhor interesse do menor e levou em consideração o momento vivenciado, o que faz concluir que, no presente caso, ao negar provimento ao recurso, o TJRS não relativizou o direito a convivência familiar, uma vez manteve

a convivência do filho com ambos os pais e manteve a guarda do menor de forma compartilhada.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a presente pesquisa chegou-se à conclusão de que a pandemia da COVID-19 impactou diretamente no direito de família, especialmente no que diz respeito a convivência familiar. Inicialmente, ao realizar uma análise bibliográfica a respeito do instituto do poder familiar, concluiu-se que o termo “poder familiar” é considerado uma evolução da antiga expressão “pátrio poder” que era atribuído ao marido e agora é confiado a ambos os pais, fim de garantir a igualdade jurídica entre o homem e a mulher dentro da família.

Após, passando a uma análise quanto ao instituto da guarda, conclui-se que a guarda é o meio utilizado para garantir a prestação de assistência material, moral e educacional à criança ou adolescente, não havendo preferência entre os genitores para fixação da guarda dos filhos e que, em regra, deve ser fixada guarda compartilhada, a fim de dividir o tempo de convívio e as responsabilidades de forma equilibrada entre ambos os pais, com o intuito de assegurar o melhor interesse da criança.

Na sequência, abordando o direito a convivência familiar e a proteção dos filhos, vê-se que a convivência familiar é garantida constitucionalmente como direito fundamental, sendo imprescindível para o desenvolvimento e proteção dos filhos, não podendo ser-lhes negado o direito de conviver com o pai ou com a mãe, sendo direito do pai ou da mãe que não possua a guarda dos filhos, “visitá-los” e tê-los em sua companhia.

Verificou-se que tanto a mãe como o pai, ou os responsáveis, têm direitos iguais e deveres e responsabilidades compartilhados no cuidado e na educação dos filhos, devendo ser garantido ao menor o direito de formar laços afetivos com seus pais e familiares. Logo, passou-se a abordar o avanço da pandemia da COVID-19 que se espalhou rapidamente atingindo todo o mundo e causou milhares de mortes em diversos países, fazendo surgir a necessidade de empreender esforços para tentar conter o avanço da pandemia.

Para dar efetividade a tentativa de contenção da doença, viu-se que foram promulgadas leis, como a Lei nº13.979/2020 dispondo sobre as medidas para enfrentamento da emergência de saúde decorrente do

coronavírus, determinando o isolamento social e a quarentena. E que somente no ano de 2021 foram aprovadas vacinas no Brasil, marco que possibilitou o início da campanha de vacinação, o começo da contenção da pandemia e a queda nos números de mortes no país, chegando a 80% da população vacinada em dezembro de 2021 segundo o Ministério da Saúde.

Dada a necessidade do isolamento social para conter a propagação do coronavírus, verificou-se um enorme conflito entre dois direitos fundamentais, o direito à saúde e o direito a convivência familiar. Com isso, analisou-se se as medidas utilizadas, concluindo que, com as ferramentas disponíveis atualmente na sociedade seria possível manter a convivência familiar, como por exemplo, com a utilização das redes sociais e meios de comunicação virtuais, tendo em vista que distância física não precisa representar distanciamento afetivo.

Nesse sentido se deu a orientação nº 18 do CONANDA, a qual dispôs que as visitas e os períodos de convivência devem, preferencialmente, ser substituídos por meios de comunicação telefônica ou on-line, permitindo que a convivência seja mantida. Viu-se ainda que o MEC autorizou a substituição de disciplinas presenciais por aulas que utilizem meios e tecnologias de informação, o que fez surgir a possibilidade de equiparar o período de isolamento ao período de férias escolares.

Por fim, considerando que o direito de família brasileiro ao regulamentar a guarda compartilhada e a convivência familiar não previu um regimento de normas específicas para situações excepcionais como uma pandemia mundial, passou-se a análise dos fundamentos utilizados pelos juízes ao solucionar as demandas surgidas durante o cenário pandêmico, a fim de verificar se, para manter a segurança, saúde e conter a propagação do vírus relativizou-se o direito a convivência familiar.

Face o exposto, descobriu-se com a presente pesquisa, que de acordo com os julgamentos proferidos pelo TJRS no período compreendido entre janeiro de 2020 e janeiro de 2022, não houve a relativização do direito a convivência familiar face a pandemia da COVID-19, tendo em vista que foram analisadas 07 (sete) jurisprudências, das quais 06 (seis) decidiram de forma a manter a convivência familiar e somente 01 (uma) relativizou o direito a convivência familiar.

Entende-se que a decisão analisada no tópico 4.5 decidiu de forma a relativizar o direito a convivência familiar, motivando sua fundamentação sob dois argumentos: a um porque embora se reconheça o direito à convivência com os filhos, a distância entre a cidade em que o infante reside com o pai é de aproximadamente 500km até a cidade onde a genitora reside e que este fator obsta a regulamentação das visitas, a dois porque a genitora reside em Estado diferente e levou meses para ingressar com a ação pedindo a visitação, o que entendeu demonstrar que não há urgência na regulamentação de visita.

Isso posto, infere-se que no caso acima mencionado houve a relativização do direito a convivência familiar, tendo em vista que, por exemplo, na decisão analisada no tópico 4.4, o caso em apreço também tinha a distância como fator significativo, mas a decisão não relativizou o direito a convivência familiar, determinando a convivência de forma virtual ou por visitas esporádicas, a fim de retomar os vínculos afetivos.

Frisa-se, por fim, que não houve consenso entre as motivações das decisões que mantiveram a convivência familiar de forma presencial, uma vez que deram-se ou sob o fundamento de deve-se manter a convivência, adotando todas as cautelas e medidas sanitárias recomendadas pelas autoridades da área de saúde, ou com base na imprevisibilidade quanto à duração do isolamento social instaurado pela pandemia, ou com observância ao melhor interesse da criança ou com fundamento na necessidade de criação de vínculo afetivo entre pais e filhos, havendo também decisão pela manutenção da convivência de forma virtual.

Sendo assim, conclui-se, pelos julgamentos proferidos pelo TJRS no período anteriormente mencionado, que não houve a relativização do direito a convivência familiar face a pandemia da COVID-19, tendo em vista que das 07 (sete) jurisprudências analisadas, somente 01 (uma) relativizou o direito a convivência familiar e que a linha de orientação do Colegiado da Oitava Câmara Cível do TJRS sobre o tema é de que apesar do risco de contágio decorrente da pandemia, não há razão para limitar, de modo absoluto, a convivência de forma presencial, porque não se sabe quando a atual situação pandêmica será totalmente superada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente. **Recomendações do Conanda para a proteção integral a crianças e adolescentes durante a pandemia do COVID-19 de 25 de março de 2020**. Disponível em:

https://mprj.mp.br/documents/20184/540394/anexo_2_recomendaes_co_nanda.pdf. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Constituição Federal (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Rio de Janeiro, RJ, 7 dez. 1940. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decretolei/del2848compilado.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Decreto-Lei nº 12.962, de 8 de abril de 2014. Altera a Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 - Estatuto da Criança e do Adolescente, para assegurar a convivência da criança e do adolescente com os pais privados de liberdade. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 abr. 2014. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/112962.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Decreto Legislativo n. 06. Reconhece, para os fins do art. 65 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, a ocorrência do estado de calamidade pública, nos termos da solicitação do Presidente da República encaminhada por meio da Mensagem nº 93, de 18 de março de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, DF, 20 mar 2020. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/DLG6-2020.htm. Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962. Estatuto da mulher casada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 27 ago. 1962. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/14121.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, 13 jul de 1990; 169º da Independência e 102º da República. Artigo 19. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/18069.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 jan. 2002. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/110406compilada.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 11.698, de 13 de junho de 2008. Altera os arts. 1.583 e 1.584 da Lei no 10.406, de 10 de janeiro de 2002 – Código Civil, para instituir e disciplinar a guarda compartilhada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 13 jun. 2008. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2008/Lei/L11698.htm. Acesso em: 20 out. 2022.

BRASIL. Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020. Dispõe sobre as medidas de enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus responsável pelo surto de 2019. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/113979.htm. Acesso em: 28 set. 2022.

BRASIL. Ministério da Saúde. **Protocolo de Manejo Clínico do Coronavírus (COVID-19) na atenção primária à saúde**. Brasília, DF, 2020. Disponível em: <https://www.saude.gov.br/> Acesso em: 11 set. 2022.

BRASIL. Portaria n. 356 de 11 de março de 2020. **Diário Oficial da União**. Brasília, 2020. Disponível em: https://bvsms.saude.gov.br/bvs/saudelegis/gm/2020/prt0356_12_03_2020.html. Acesso em: 29 set. 2022.

BRASIL. Recomendação do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, de 25 de março de 2020. **Recomendações do CONANDA para a proteção integral a crianças e adolescente durante a pandemia do COVID-19**. Brasília, DF: CNJ, mar. 2020. Disponível em:

https://crianca.mppr.mp.br/arquivos/File/legis/covid19/recomendacoes_conanda_covid19_25032020.pdf?fbclid=IwAR3g4ATyAau0C4NJo2S0DAV_8iUcwWDDoANTuREJAZmUgQB4fgGf32cBA. Acesso em: 20 out. 2022.

BUFULIN, Augusto Passamani; BRAZ, Miryã Bregonci da Cunha; VITÓRIA, Fernanda Moltavão da. Coronavírus e direito de família: as implicações do enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do surto de Covid-19 no regime de convivência familiar. **Civilistica.com**, v. 9, n. 2, p. 1-15, 2020. Disponível em: <https://civilistica.emnuvens.com.br/redc/article/view/518>. Acesso em: 09 maio 2020.

DIAS, Maria Berenice. **Manual de direito das famílias [livro eletrônico]**. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016. 3,03 Mb; PDF. ISBN 978-85-203-6711-7.

DIGIÁCOMO, Murillo José; DIGIÁCOMO, Ideara Amorim. **Estatuto da criança e do adolescente anotado e interpretado**. 8. ed. Curitiba: Ministério Público do Estado do Paraná. Centro de Apoio Operacional das Promotorias da Criança e do Adolescente, 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: direito de família**. v. 5. São Paulo: Saraiva, 2022. Disponível em: <https://integrada.minhabiblioteca.com.br/#/books/9786555598681/>. Acesso em: 23 set. 2022.

FERREIRA, Sophia Silva. **A guarda compartilhada em tempos de pandemia: o que os tribunais vêm decidindo?**, 2021, p. 1-99.

FILHO, Roberto Freitas Filho; LIMA, Thalita Moraes. **Metodologia de Análise de Decisões – MAD**. Univ. JUS, Brasília, n. 21, p. 1-18, jul./dez. 2010. Disponível em:

https://edisdisciplinas.usp.br/pluginfile.php/4318159/mod_resource/content/1/metodologia%20de%20analise%20de%20deciso.es.pdf. Acesso em: 12 out 2022.

INSTITUTO BRASILEIRO DE DIREITO DA FAMÍLIA (IBDFAM). **Pandemia do coronavírus: guarda compartilhada está entre desafios enfrentados no Direito das Famílias**. IBDFAM, 25 mar. 2020. Disponível em: <https://ibdfam.org.br/noticias/7189>. Acesso em: 25 set. 2022.

MADALENO, Rolf. **Curso de direito de família**. 6. ed. rev., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2015.

MENEZES, Joyceane Bezerra de; AMORIM, Ana Mônica Anselmo de. Os Impactos do COVID-19 no Direito de Família e a fratura do diálogo e da empatia. **Civillistica.com**, v. 9, n. 2, 2020, p. 1-35.

NADER, Paulo. **Curso de direito civil: direito de família**. v. 5. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Com 5 milhões de mortes pela Covid-19, chefe da ONU pede equidade de vacinas**. Organização das Nações Unidas. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2021/11/1768782>. Acesso em: 05 set. 2022.

BRASIL. **OMS fomenta estudos para entender variantes do novo coronavírus pelo mundo**. Organização das Nações Unidas. Publicado em 28 dez. 2020. Disponível em: <https://news.un.org/pt/story/2020/12/1737322>. Acesso em: 05 set. 2022.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: direito de família**. 26. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 50005073120218217000**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DE DIVÓRCIO, CUMULADA COM OFERTA DE ALIMENTOS, GUARDA, REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS E NULIDADE DE NEGÓCIO JURÍDICO. PEDIDO LIMINAR DE DIVÓRCIO. REGIME DE VISITAÇÃO MATERNO [...]. Agravante: Segredo de Justiça. Agravado: Segredo de Justiça.

Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 08 abr. 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Apelação n. 50051565520198210001**. APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. FAMÍLIA. AÇÃO DE ALTERAÇÃO DE GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS [...]. Apelante: Segredo de Justiça. Apelado: Segredo de Justiça. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 28 ago. 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscas-solr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70084935188**. AÇÃO DE GUARDA. VISITAS. PEDIDO DE RETOMADA DAS VISITAS DA FORMA COMO VINHA OCORRENDO ANTES DA PANDEMIA DO COVID-19. INTERESSE DA CRIANÇA. DESCABIMENTO. Agravante: M.D.T. Agravado: J.B.M. Relator: Sérgio Fernando de Vasconcellos Chaves. Rio Grande do Sul, 13 mai. 2021. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70084839208**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. RELAÇÃO DE PARENTESCO. AÇÃO DE REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO DE CONVIVÊNCIA MATERNO-FILIAL NO FERIADO DE NATAL. MENOR QUE SE ENCONTRA SOB A GUARDA DA AVÓ-PATERNAL APÓS DESTITUIÇÃO DO PODER FAMILIAR DA GENITORA. INDEFERIMENTO DO PEDIDO MANTIDO [...]. Agravante: M.S.S. Agravado: R.G. Relator: Sandra Brisolará Medeiros. Rio Grande do Sul, 16 dez. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70084139260**. AGRAVO DE

INSTRUMENTO. AÇÃO DE DISSOLUÇÃO DE UNIÃO ESTÁVEL, ALIMENTOS E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PEDIDO DE DEFERIMENTO DO CONVÍVIO DA CRIANÇA COM A MÃE PARA O PERÍODO COVID-19, NA RESIDÊNCIA DA AVÓ MATERNA. DESCABIMENTO. VISITAÇÃO MATERNA. CABÍVEL. Agravante: L.M.S.C. Agravado: G.C.C. Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro. Rio Grande do Sul, 15 abr. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70084274315**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PRETENSÃO DE AUTORIZAÇÃO PARA QUE A CRIANÇA PERMANEÇA JUNTO DA GENITORA, QUE NÃO DETÉM SUA GUARDA, DURANTE O PERÍODO DE SUSPENSÃO DAS ATIVIDADES ESCOLARES. DESCABIMENTO. PANDEMIA DE COVID-19. RESTABELECIMENTO DAS VISITAS PRESENCIAIS. Agravante: V.A.C.M. Agravado: D.G.F. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 11 de set. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. **Agravo de Instrumento n. 70084366756**. AGRAVO DE INSTRUMENTO. FAMÍLIA. GUARDA E REGULAMENTAÇÃO DE VISITAS. PANDEMIA DE COVID-19. RESTABELECIMENTO DAS VISITAS PRESENCIAIS. Agravante: G.B.I. Agravado: G.F. Relator: Luiz Felipe Brasil Santos. Rio Grande do Sul, 09 de out. 2020. Disponível em: https://www.tjrs.jus.br/novo/buscassolr/?aba=jurisprudencia&q=&conteudo_busca=ementa_completa. Acesso em: 05 out. 2022.

SAMPAIO, Jéssica Fernanda Kosinink Alves. **O regime de convivência familiar face ao enfrentamento da pandemia de COVID-19 no Brasil: análise da relativização dos princípios do melhor interesse do menor e da afetividade frente à suspensão temporária do direito de visita**. 2020. 46 f. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito) – Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa, Brasília, 2022.

SANARMED. **Linha do tempo do Coronavírus no Brasil**. SanarMed. Publicado em 19 mar. 2020. Disponível em: <https://www.sanarmed.com/linha-do-tempo-do-coronavirus-no-brasil>. Acesso em: 05 set. 2022.

SCHREIBER, Anderson; TARTUCE, Flávio; SIMÃO, Fernando José; MELO, Marco Aurélio Bezerra de; DELGADO, Mário Luiz. **Código Civil comentado: doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

SILVA, Fabiano Marcelino da. **Guarda compartilhada: aplicabilidade da lei 13.058/14 em tempos de covid-19**. 2021, p. 1-37.

SILVA, Mariana Sousa da. **Guarda compartilhada e crise epidemiológica da COVID-19 no Brasil: dificuldades e aprendizado**. 2021. p. 1-23

TARTUCE, Flávio. **Manual de Direito Civil**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2021.

TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. RODRIGUES, Renata de Lima. A multiparentalidade como nova estrutura de parentesco na contemporaneidade. **Revista Brasileira de Direito Civil**. v. 4, p. 1-33, abr. jun. 2015. Disponível em: <https://rbdcivil.ibdcivil.org.br/rbdc/article/view/97/93>. Acesso em: 28 out. 2022.

PÓS-REFORMA TRABALHISTA: E OS REFLEXOS NEGATIVOS DA FLEXIBILIZAÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS DOS TRABALHADORES NO CONTEXO BRASILEIRO

Jéssica Tavares Fraga Costa³

Victor da Silva Costa⁴

Resumo

O presente trabalho tem por objetivo discutir acerca dos reflexos negativos ao direito coletivo do trabalho que foi gerado em decorrência da promulgação da Lei nº 13.467/2017 no âmbito de seus possíveis impactos sobre a vida dos trabalhadores brasileiros. Em um segundo momento foi analisado os fundamentos históricos e toda a evolução normativa dos Direitos Trabalhistas. Evidenciou-se que os direitos coletivos do trabalho possuem uma grande importância para a conquista da cidadania e da própria dignidade da pessoa humana no contexto laboral e social. A pesquisa justifica-se, pois aborda o antes e o depois da Reforma sob uma perspectiva geral dos principais dispositivos relativos aos Direitos Coletivos, sob o prisma que envolve os direitos previamente conquistados pelos trabalhadores que, aparentemente sem saída frente às flexibilizações instituídas pela nova legislação, submetem-se ao trabalho informal. O método de abordagem empregado para a elaboração do artigo foi o hipotético-dedutivo, assim como o método de procedimento adotado foi o de análise documental e pesquisa bibliográfica.

Palavras-Chave: Direito coletivo; impacto, Reforma Trabalhista; informalidade.

³ Mestranda em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande - FURG. Especialista em Direito Agrário/Ambiental e Agronegócio Escola Superior do Ministério Público, Campus Porto Alegre/RS. Pesquisadora no Observatório de políticas ambientais: mapeamento dos Programas de Pagamento por Serviços Ambientais no Rio Grande do Sul/RS - FURG. E-mail: fragacosta_adv@hotmail.com. Lattes: <https://lattes.cnpq.br/0359252337505281>.

⁴ Mestrando no Programa de Pós-graduação em Direito e Justiça Social da Universidade Federal do Rio Grande. Pós-Graduado em Ciências Criminais pela Universidade Luterana do Brasil. Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho e Direito Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Graduado no Curso de Direito da Universidade Luterana do Brasil. E-mail: victor.sc.advocacia@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/6551082350816761>.

POST LABOR REFORM: AND THE NEGATIVE REFLECTIONS OF THE FLEXIBILIZATION OF COLLECTIVE RIGHTS OF WORKERS IN THE BRAZILIAN CONTEXT

Abstract

The present work aims to discuss the negative effects on the collective right of the worker that was generated as a result of the enactment of Law No. 13.467/2017 in the scope of its possible impacts on the lives of Brazilian workers. In a second moment, the historical foundations and the entire normative evolution of Labor Rights were analyzed. It became evident that collective labor rights are of great importance for the achievement of citizenship and the dignity of the human person in the labor and social context. The research is justified, as it approaches the before and after the Reform from a general perspective of the main provisions related to Collective Rights, under the prism that involves the rights previously conquered by workers who, apparently with no way out in the face of the flexibilizations instituted by the new legislation, submit to informal work. The method of approach used for the elaboration of the article was the hypothetical-deductive one, as well as the method of procedure adopted was the document analysis and bibliographic research.

Keywords: Collective law; impact, Labor Reform; informality.

1 INTRODUÇÃO

O artigo em comento aborda a Reforma trabalhista instituída pela Lei nº 13.467 do ano de 2017 no que concerne aos direitos coletivos do Direito do Trabalho, seus novos dispositivos e sua relevância social, a legislação brasileira vem historicamente concedendo a proteção integral aos trabalhadores. A reflexão acerca da efetividade da nova reforma em todos os seus aspectos é inevitável, pois quais serão os resultados e o impacto das negociações coletivas e seus possíveis efeitos.

Os Direitos Coletivos têm por finalidade vir a garantir a harmonia nas relações de trabalho e com sua função política primordial, fomentar o diálogo entre empregado e empregador e entidades sindicais vindos a trazer diante disto o desenvolvimento social e paridade de forças, visando à dignidade e proteção ao trabalhador brasileiro. Com o objetivo de atrair atenção para o tema, o trabalho apontará as falhas e incoerências dos novos moldes da reforma trabalhista no campo dos Direitos Coletivos e

Sindicais e os possíveis impactos negativos frente à flexibilização destes direitos.

O objetivo geral apresentado nesse trabalho é analisar a importância histórica e doutrinária dos Direitos Coletivos em nossa sociedade, analisando quais serão os impactos negativos, diante dos trabalhadores brasileiros após a Reforma Trabalhista, essa análise será feita a partir das novas normas legais, método dedutivo e da literatura jurídica.

Os Direitos Coletivos dos trabalhadores tutelam os conflitos de interesses existentes entre empregados e empregadores, após a reforma a proteção do trabalhador não se estrutura mesma forma, muito se tem questionado sobre os impactos dos novos dispositivos e a alta flexibilização desta norma celetista. Diante disto o questionamento que surge é: Qual será o impacto da nova legislação trabalhista no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho?

Busca ainda no presente artigo à análise comparativa dos conceitos fundamentais dos Direitos Coletivos e Sindicais dos trabalhadores brasileiros, constatar e problematizar as concepções de trabalho e dignidade, analisando, portanto se a pretensão da Reforma alcançará seu objetivo e se este irá possuir consequências negativas na construção da cidadania, a fim de sustentar a necessidade de preservação de direitos dos trabalhadores brasileiros. Assim problematiza-se a temática do artigo no sentido de que se o ataque aos Direitos Coletivos e ao trabalhador representa ou não uma afronta constitucional.

No presente trabalho utilizou-se a metodologia de pesquisa a partir de leitura bibliográfica e artigos acadêmicos, direcionando a pesquisa para a área do Direito do Trabalho. Foi utilizado igualmente método hipotético dedutivo, a partir do pressuposto da existência ou não de impactos negativos a respeito da flexibilização de Direitos Coletivos após a reforma trabalhista de 2017.

2 O DIREITO DO TRABALHO E SUA RELEVÂNCIA HISTÓRICA

O Direito do Trabalho em suas esferas, individual ou coletiva, é o fator motriz, fundamental de proteção ao desenvolvimento social do indivíduo. Sem ele, não há construção da cidadania, política ou uma vida digna. Pode-se dizer que o fator social do trabalho gera impactos diretos

o que se concebe por exercício pleno de dignidade humana, o qual só se realiza, seja em âmbito individual ou coletivo, pelo que as relações de trabalho geram. Nessa mesma esteira, Severo aduz que:

O primeiro passo para a compreensão da possibilidade do uso transgressor do direito do trabalho é exatamente a superação das dicotomias próprias do discurso burguês. É o direito do trabalho que promove, de forma pioneira, esse diálogo de aproximação, em face do interesse social que atende. Essa nova racionalidade, que já está presente em sua origem e que de certo modo sustenta a noção de fundamentalidade dos direitos sociais, deve ser revelada e aplicada em sua máxima potência. (SEVERO, 2016, p. 93).

Na dicção da autora (2016) é necessário compreendermos a história relativa aos direitos trabalhistas, revoluções, movimentos sociais, e as obras de Karl Marx, pois somente a partir destes marcos históricos poderemos compreender os elementos que envolvem o uso transgressor do Direito do Trabalho, as novas normas trabalhistas que se colocam como fundamentais, tem se mostrado apenas com caráter monetário e protetivo ao empregador, onde os dispositivos protetivos são construídos e articulados para que não possuam eficácia. Neste contexto, analisa-se a importância histórica na construção do Direito do Trabalho que possuímos hoje.

A concepção de direito fundamental ganha maior relevância a partir dos acontecimentos históricos da Segunda Guerra Mundial. O constitucionalismo europeu trouxe ao centro da discussão a necessidade da criação de normas humanísticas, com viés social de proteção, tornando-se um mecanismo a serviço de todos os indivíduos de uma sociedade. Assim, nasce anos depois em nosso ordenamento pátrio a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, a qual em sua estrutura contemplou estes princípios no Título I ("Dos Princípios Fundamentais") claramente assentados e definidos, podendo se observar cada um, devido a grandiosidade de seu conteúdo.

Os princípios e normas dispostos na Constituição Federal de 1988 tratam e regulamentam as questões de direitos e garantias fundamentais inerentes à personalidade, patrimônio moral, e até mesmo um mínimo patamar civilizatório, vida econômica e ordem jurídica, conforme

citado pelo autor Delgado (2017, p.34), destaca-se que tais funções têm sido exercidas pelo Direito na História desde as primeiras formações sociais e econômicas até a atualidade. Naturalmente que a diversidade e complexidade do Direito se elevam quanto mais diversas, gigantescas e complexas sejam as respectivas sociedades.

Ao analisar a lógica basilar ao qual foi formada a reforma trabalhista implantada a partir da Lei n. 13.467, de 13 de julho de 2017, pode-se observar que a proposta do Legislador se detém a transformar uma proteção integral em instrumento de segregação, exclusão e sedimentação das desigualdades sociais, tanto da pessoa quanto aos grupos sociais, vendendo a mão de obra como, exclusivamente, mercadoria, coisificando o trabalhador e não como reflexo humano da dignidade. Em sua obra Biavaschi (2017, p.120) cita que a lei n. 13.467/2017 busca romper com essa lógica civilizatória, democrática e inclusiva do Direito do Trabalho, por meio da desregulamentação ou flexibilização de suas regras imperativas incidentes sobre o contrato trabalhista. Essa é a marca e o sentido rigorosamente dominantes desse diploma legal no campo do direito do trabalho.

A reforma trabalhista tem se mostrado com a finalidade de desconstrução normativa, tanto constitucional quanto infraconstitucional, essa desconstrução se deu nas esferas referentes à proteção, à saúde e à segurança do trabalhador, ferindo de forma brutal os princípios da dignidade da pessoa humana e da inviolabilidade do direito à vida, dispostos nos artigos, 1º e 5º da Constituição Federal de 1988. A estratégia reformista central tem por foco um enfraquecimento à proteção do trabalhador, em todos seus aspectos (físico, psíquico, econômico, segurança e clínico, dentre outros), preconizando as relações de trabalho quanto as garantias já construídas e conquistadas, vulnerabilizando-os nas relações de emprego. Efetiva coisificação do trabalhador, pelo que se percebe.

3 DIREITO COLETIVO DO TRABALHO: O ANTES E O DEPOIS DA REFORMA TRABALHISTA DE 2017

A Reforma trabalhista alterou mais de 106 artigos da CLT e se pensarmos no que concerne a dispositivos são mais de 200 entre revogações, novos dispositivos e alterações. O lapso temporal despendido para a análise do texto da reforma até a mesma ser aprovada foi de menos

de três meses, ou seja, não houve a reflexão e análise necessária sobre uma temática de extrema relevância e incidência na vida do trabalhador brasileiro, a fim de mudar ou alterar dispositivos que são fruto de muita luta pelo povo e que certamente são tão importantes para a classe trabalhadora. Entretanto, não podemos ver a reforma sob um aspecto apenas negativo, pois ela veio a somar em outros pontos que até então eram controversos e obscuros.

Os Sindicatos são os responsáveis pela equiparação de forças de negociação entre trabalhadores e empregadores, emergindo a partir da história ocidental e tornando-se ferramenta de aperfeiçoamento da condição humana. Nas modificações feitas nos novos dispositivos do título V, da organização sindical na CLT, destacam-se os artigos 578 e 579 do referido diploma.

Entre as mudanças mais relevantes da reforma no tocante aos sindicatos e aos direitos coletivos, observa-se a facultatividade da contribuição sindical que anteriormente era obrigatória e a mesma estava disposta nos artigos 578, 579 e 601 da CLT, no entanto essa contribuição a partir de agora só será realizada mediante autorização expressa do empregado. Sob o mesmo viés dessa mudança, encontramos a preponderância do negociado sob o legislado, a letra do artigo 611 da CLT, propõe um novo modelo de direito do trabalho, fomentando a prática do “autoajuste” como, por exemplo, o banco de horas. A retirada do espaço dos sindicatos é só um dos pontos mais relevantes dessa mudança, que se deu também pela referendada medida provisória nº 808/2017, publicada em 14/11/2017.

No corpo do artigo 477, §1º, da CLT pós reforma, o legislador passa a admitir extinção do contrato de trabalho sem a presença do sindicato para que se proceda o ato homologatório do termo de rescisão do contrato de trabalho, perdendo o trabalhador o seu aparato assistencial que em momento anterior era prestado pelo Sindicato ou Ministério do Trabalho, pois esse tinha a finalidade de assegurar o correto desenvolvimento do processo de rescisão, bem como analisar se todas as verbas devidas estavam em conformidade com o período laboral desempenhado e o que ensejou a rescisão trabalhista, a fim de se evitar novas demandas processuais ou representar o trabalhador nas reclamatórias trabalhistas. Porém, acabaram sendo revogados através da reforma, desconstituindo a atuação sindical e dando espaço a incertezas e insegurança para o empregado.

Destaca-se que a mudança visa privilegiar institutos que até então não eram permitidos como o acordado se sobressair sob o legislado. Os novos moldes da Reforma Trabalhista foram pautados a partir das Leis Internacionais para essa construção, um exemplo simples comparativo foi o adotado pela França que tentou durante o Governo de Pierre Mauroy diminuir a jornada de horas trabalhadas e flexibilizar a redução do tempo de trabalho dos assalariados do país, a fim de que pudessem efetuar novas contratações ou para evitar dispensas, objetivando a criação de mais empregos, sendo uma medida adotada num elevado contexto de desemprego que assolava o país na época (MARTINS, 2018).

Porém, os economistas Matthieu Chemin e Étienne Wasmer concluíram que a medida adotada pelo Governo Francês nos anos de 1997 até 2001, não possuiu sequer o impacto significativo no quadro de desemprego que era esperado de forma positiva a partir das flexibilizações realizadas (MARTINS, 2018). Sob o ponto de vista da produtividade e da Indústria, a redução de horas era vista com péssimos olhos e fora novamente modificada pela Ministra do Trabalho Miriam el Khomori, em 2016, sendo intitulada como “Projeto de lei que visa instituir as novas liberdades e a nova proteção para as empresas”.

O objetivo central era fomentar a competitividade das empresas, abrindo possibilidades para que pudessem dispensar ou fixar o tempo de trabalho dos funcionários com liberdade, ou flexibilizar os contratos de trabalho, obtendo dispensas mais baratas e que estas fossem realizadas de forma mais simples. Limitaram-se os adicionais mediante acordo, possibilitando ainda que as empresas possuíssem regulamentos e disposições que limitassem questões religiosas ou manifestações ideológicas.

Observou-se, portanto, que foi necessária a diminuição de direitos dos trabalhadores para que esse novo modelo fosse implantado, na tentativa de simplificar a legislação, modernizar as relações de trabalho, dando mais flexibilidade a dispensa, deu-se lugar a natureza capitalista que não visa nada além do lucro. Os moldes da norma francesa infelizmente também foram adotados nos novos dispositivos da reforma trabalhista no Brasil (MARTINS, 2018). Sobre esse aspecto, remete o autor:

Afirma-se que não é melhor reforma que se queria fazer, mas a reforma possível. Parece que

a Reforma alterou, em grande número de casos, muitos mais artigos da CLT em benefício do empregador do que do empregado. Em certos casos, verifica-se que o princípio da proteção vai se diluindo, pois parece que a proteção foi feita para o empregador. (MARTINS, 2018, p. 225)

Com toda a alteração gerada por esse dispositivo legal há muitas dúvidas, ficando claro que as novas disposições não serão ferramentas voltadas para a criação de novos empregos e que estas vieram a beneficiar mais o empregador do que o próprio empregado, que é a fonte central da proteção da norma trabalhista.

Os efeitos da reforma são reversos no que pertine à proteção do empregado, baseado ainda nessa ideia, após o primeiro ano de vigência da reforma trabalhista em comparação com o ano anterior a este, se constatou uma diminuição na propositura de novas ações trabalhistas, esses dados estatísticos foram fornecidos pelo Tribunal Superior do Trabalho, onde se observar que em novembro de 2017 houve um pico de casos novos recebidos pela Justiça do Trabalho, que totalizaram um número de 26.215 processos (9,9%) a mais em relação a março de 2017.

No entanto, na comparação entre dezembro de 2017 e janeiro de 2018, o quadro se inverteu, ocorrendo uma diminuição extrema do número de propositura de ações trabalhistas. Desde então, o número de casos novos por mês nas Varas do Trabalho é inferior ao de todos os meses referentes ao mesmo período de janeiro a novembro de 2017. Segundo a Coordenadoria de Estatística do TST, entre janeiro e setembro de 2017, as Varas do Trabalho receberam 2.013.241 reclamações trabalhistas, no entanto no mesmo período de 2018, o número caiu para 1.287.208 reclamações trabalhistas, esses novos números podem ser vistos como positivos em um nível, exclusivamente, numérico de demanda, porém eles também poderão servir como uma luz de alerta, denunciando o efeito nefasto causado pela reforma trabalhista aos trabalhadores, haja vista que uma ação trabalhista na maioria das vezes, não se trata apenas de mais uma demanda, ali se verifica a afronta a legislação brasileira, a violação dos direitos dos trabalhadores e não raras vezes a coisificação da população hipossuficiente.

Este declínio nas proposições trabalhistas serve de alerta no sentido de que essa redução pode não se dar por conta de uma diminuição

da exploração do trabalhador ou de um maior cumprimento da legislação trabalhista por parte do empregador, mas sim, por outros fatores, aos quais sejam estes, o aumento do desemprego e da taxa da informalidade, ao qual essa reforma estimulou e impôs ao trabalhador.

De acordo com os dados estatísticos do IBGE, publicados pelo site do IPEA – Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o índice de desemprego foi estimado em 10,631 milhões de trabalhadores brasileiros, uma queda responsável por 30,2% em 12 meses. No entanto a taxa de informalidade revela uma média de 40,2% da população, o que corresponde a 39,1 milhões de trabalhadores, no trimestre anterior era de 39,5% em igual período de 2021.

No ano de 2020 até o primeiro semestre de 2021 a ocupação laboral estava majoritariamente no trabalho informal. A partir do segundo semestre de 2021, além da informalidade, por esse motivo e por tantos outros que é necessária uma análise mais criteriosa e menos reducionista do cenário nacional frente à flexibilização dos direitos trabalhistas e a perda de dignidade sofrida por milhões de brasileiros.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O fato é que o papel do capital e a função social do Estado conflitam, o Estado encontra seu viés principal na produção em massa e mão de obra barata, utilizando o ser humano como meio de auferir lucro, nesse sentido, quanto menos direitos estes fizerem jus, melhor ao sistema. A reforma trabalhista é uma imposição econômica feita pelo Governo, devido à crise em que os Estados se encontravam, teve o seu princípio de forma, pode-se dizer, quase que tímida, projetando apenas a mudança de alguns artigos da CLT, porém de forma repentina, após apenas dois meses, toma um formato exorbitante e extenso.

A midiaticização de todo esse procedimento refletida através da imprensa seria no sentido de que essas mudanças na norma seriam para gerar mais empregos e maior desenvolvimento do mercado de trabalho, tornando-se benéfica e voltada para a proteção dos interesses do trabalhador. Porém não há o que se falar em benefícios diante da desconstrução do Direito do Trabalho, solo e resultado de tantas lutas sociais.

A reforma trabalhista veio a inverter princípios e suprimir regras que antes eram consideradas fundamentais e mais favoráveis ao

empregado, vindo a priorizar a norma menos favorável, valorizando questões como a livre-autonomia de vontade que antes era negada, a prevalência do negociado sob o legislado, partindo da falsa premissa que o trabalhador quer abrir mão de seus direitos, esquecendo-se de que existe a vulnerabilidade jurídica e hipossuficiência na qual o empregado sempre estará inserido, a fim de reduzir cada vez mais os direitos dos trabalhadores brasileiros.

O Direito do Trabalho deveria ser o espelho que reflete um Estado sério e preocupado com as funções sociais, passando a se tornar uma estrada a qual se pudesse construir uma racionalidade, a fim de criar espaços para a reflexão, e quem sabe talvez superar uma sociedade voltada para o capital, transformando miséria em oportunidade e trabalho em futuro. Ainda há que se pontuar acerca do retrocesso social ao princípio da proteção, onde a partir da Lei n.º 13.467/2017 passou a permitir todos os institutos outrora defesos, demonstrando uma manifestação legislativa descabida, deixando o trabalhador a sua própria mercê.

Toda a abordagem travada nesse estudo revela-se, ao final, como um afligir de mentes aplicadoras e intérpretes do Direito do Trabalho diante da Constitucionalização do Direito do trabalho, haja vista que se entende que os direitos dos trabalhadores são indisponíveis e de caráter fundamental, e como tal, constitui-se um limite à própria autonomia da vontade, tanto que, pelo menos por enquanto, respira por aparelhos o princípio da irrenunciabilidade e intransigibilidade de direitos trabalhistas. Sendo assim, não podem ser transacionados ou renunciados, salvo quando a lei de forma expressa permitir. A Consolidação das Leis Trabalhistas do ano de 1943 já previa que todo e qualquer ato que tivesse como objetivo fraudar ou burlar direitos trabalhistas deveria ser visto como uma nulidade. Apesar dos acordos coletivos fazerem parte da forma autônoma e privada, visando à vontade de ambas as partes, concebidos muitas vezes e regidos pelo patamar mínimo da norma, a CLT impõe e sempre deverá impor limites, quando estes representarem prejuízo aos trabalhadores.

Em virtude dos conceitos expostos os prejuízos sociais em sede de Direitos Coletivos gerados pela reforma trabalhista são inimagináveis já que o desestímulo e desamparo Sindical já têm mostrado seus reflexos no mercado de trabalho, pois logo nos primeiros meses após a entrada em vigor da reforma em tela, o desemprego veio a aumentar

consideravelmente após o fechamento de milhares de sindicatos, afetando principalmente aqueles sindicatos que possuíam um porte menor e por consequência uma receita menor e conseqüentemente, acabaram desamparando aqueles que mais necessitavam de sua atuação. Diante desse enfraquecimento e agilidade na formulação dos institutos a serem modificados, percebe-se por tanto a real intenção da reforma “trabalhista”.

O Congresso aprovou a reforma de forma legítima, porém sem a reflexão devida ou até mesmo o debate necessário, vindo a flexibilizar de forma demasiada a jornada de trabalho, estimulando pontos como a terceirização, que apesar de ser um ponto já previsto nos dispositivos legais, traz questões como salários mais baixos aos empregados, dificuldade em atingir a finalidade das férias, já que muitas vezes são submetidos a vários contratos de trabalho, pois muitas vezes ao fim de cada contrato os mesmos empregadores recontratam as mesmas pessoas, objetivando que as mesmas não gozem das tão importantes férias, pois este período é destinado ao descanso do trabalhador, afastando, ou pelo menos não potencializando, doenças ocupacionais e restabelecimento da saúde mental e física do empregado, também sem esquecer-se de pontuar que a terceirização também tem sido um forte estímulo à informalidade.

Ainda, há que se falar que a reforma trabalhista ao tentar extinguir os papéis sindicais, trouxe ao centro desta discussão questões como desproteção da prática da coação entre empregados e empregadores, já que a partir de agora não será mais necessária a presença e a intervenção dos representantes sindicais ao fim dos contratos de trabalho, estimulando a livre autonomia de vontade. Nesse novo cenário o enfraquecimento dos sindicatos tanto em questões de participação, quanto na seara econômica, se dá através do fim da contribuição obrigatória sindical, que foi responsável pela demissão de um grande quadro de funcionários bem como restringiu questões estruturais forçando os mesmos a mudanças de local de trabalho, transformando estruturas e grandes sedes em pequenos espaços desprovidos de robustez protetiva. Todas essas mudanças constituíram, portanto objeto para pelo menos 14 ações de inconstitucionalidade que tramitaram junto ao STF a fim de pontuar sobre as garantias e demais matérias.

Apesar de todas as discussões pode-se afirmar de pronto que houve poucos acertos e muitos erros nos dispositivos da reforma trabalhista, e desta feita, os impactos serão sentidos ao longo dos

próximos anos. Ainda, há muito que debater acerca da reforma, é evidente que não se pretende esgotar a temática e seus reflexos na vida dos trabalhadores brasileiros nesse momento, haja vista a impossibilidade frente a tantos debates ainda a serem travados. Porém, de pronto, já se pode pontuar que o novo preceito legal é anti-humanista e antissocial, ficando portanto, o nosso dever de análise e vigilância diante das jurisprudências que serão geradas por estas novas aplicações normativas. Trata-se em verdade de um novo caminho a ser construído pelo Direito do Trabalho, sem esquecer-se de combater ferrenhamente a redução da desigualdade e da pobreza, vindo a proteger sempre a dignidade do trabalhador brasileiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABDALA, Vitor. Taxa de informalidade no mercado de trabalho sobe para 40%, diz IBGE. **Agência EBC**, Rio de Janeiro, 30 jul. 2022. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021-07/taxa-de-informalidade-no-mercado-de-trabalho-sobe-para-40-diz-ibge>. Acesso em: 03 jun. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**, Brasília, DF: [Presidência da República], 1988.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 13.467, de 13 julho de 2017**. Altera a Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), aprovada pelo Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943, e as Leis nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, 8.036, de 11 de maio de 1990, e 8.212, de 24 de julho de 1991, a fim de adequar a legislação às novas relações de trabalho. Brasília, DF: Presidência da República, 1988.

BIAVASCHI, Magda Barros. **A reforma trabalhista no Brasil em tempos de acirramento das desigualdades sociais à ação de um capitalismo “sem peias”**. São Paulo/Brasília: LTr/FAPDF, 2017.

CORREIA, Henrique. **Direito do Trabalho para concursos de analista do TRT e MPU**. 11 ed. Salvador/Bahia, 2018.

DELGADO, Mauricio Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **A Reforma Trabalhista no Brasil**. São Paulo-SP, 2017.

LEITE, Carlos Henrique Bezerra. **Curso de direito do trabalho**. 8. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2017.

MARTINS, Sergio Pinto. **Reforma Trabalhista, comentários às alterações da Lei n.13.545/2017 e da medida provisória n. 808/2017**. São Paulo-SP, 2018.

Notícias do TST. **Primeiro ano da reforma trabalhista: efeitos**. Disponível em: <https://www.tst.jus.br/-/primeiro-ano-da-reforma-trabalhista-efeitos>. Acesso em: 4 jun. 2022

SEVERO, Valdete Souto. **Elementos para o uso transgressor do Direito do Trabalho**. São Paulo-SP, 2016.

A EFETIVAÇÃO DO DIREITO AO TRABALHO DOS SUJEITOS TRANS NO BRASIL A PARTIR DO DIREITO A NÃO DISCRIMINAÇÃO

Amanda Netto Brum⁵

Resumo

O presente artigo versa sobre a discriminação por identidade de gênero nas relações de trabalho no Brasil. Neste contexto, a presente pesquisa busca evidenciar que o direito a não-discriminação deve ser assegurado aos sujeitos que extrapolam o marco heteronormativo, especificadamente os/as trans nas relações de trabalho. Para tanto, no desenvolvimento da pesquisa utiliza-se da metodologia da revisão bibliográfica. Pretende-se demonstrar, deste modo, que consolidar estudos críticos, como o proposto nesta investigação, pode ser um aporte importante para que a ciência jurídica possa ultrapassar a episteme atual do conhecimento, mas, fundamentalmente, para que se transforme em um campo afirmativo e emancipatório, garantindo, aos sujeitos trans, ao ser efetivado o direito ao trabalho, uma vida vivível alicerçada na concepção de democracia radical.

Palavras-chave: Direito ao trabalho; Sujeitos Trans; Direito a não-discriminação.

THE REALIZATION OF THE RIGHT TO WORK OF TRANS SUBJECTS IN BRAZIL BASED ON THE RIGHT TO NON-DISCRIMINATION

Abstract

His article deals with discrimination based on gender identity in labor relations in Brazil. In this context, this research seeks to show that the right to non-discrimination must be guaranteed to subjects who go beyond the heteronormative framework. Therefore, in the development of the research, the bibliographic review methodology is used. It is intended to demonstrate that consolidating critical studies, such as the one proposed in this investigation, can be an important contribution for legal science to overcome the current episteme of knowledge, but, fundamentally, for it to become an affirmative and emancipatory field, guaranteeing trans subjects, when the right to

⁵ Mestre em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS. Doutora em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – Unisinos/RS. Pós-Doutoranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande – FURG/RS. Especializanda em Educação para a Sexualidade-FURG/RS. Pesquisadora do Grupo de Pesquisa Direito e Sexualidades – GDiS.

work is implemented, a livable life based on the concept of radical democracy.

Keywords: Right to work; Trans Subjects; Right to non-discrimination.

1 INTRODUÇÃO

Embora os movimentos sociais de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Trans, *Queer*, Intersexuais e dissidências sexuais (LGBTQI+) apresentem-se a cada ano mais expressivo, tanto no âmbito brasileiro quanto internacional, especialmente diante da mudança de cenário em relação à participação dos sujeitos trans⁶ no próprio contexto das lutas LGBTQI+, — delineando-se um novo regime de visibilidade⁷ desses sujeitos —, ainda há muito a ser alterado para que respostas efetivamente não-discriminatórias (RIOS, 2012) às demandas por reconhecimentos de direitos a estes sujeitos sejam estruturadas.

À vista disso, parece razoável afirmar que o processo democrático inaugurado no Brasil foi (e ainda é) caracterizado pela emergência de demandas por reconhecimento de direitos dos sujeitos que vivenciam subalternizações⁸ como ocorre com os/as trans — isto porque tais demandas ainda esbarram em antigas estruturas de poder conservadoras, sexistas e androcêntricas. Neste cenário, verifica-se, que, apesar da efetivação progressista de algumas demandas da população LGBTQI+, especificamente no caso dos/das trans, o direito ao trabalho não parece ser efetivado a estes sujeitos. É, portanto, diante deste contexto que, este estudo, objetiva investigar como a efetivação do direito a não-discriminação nas relações de trabalho contribui para assegurar um dos direitos sociais assegurados na Constituição Federal brasileira, isto é, o direito ao trabalho aos sujeitos trans no Brasil.

Esta investigação, então, valendo-se da técnica da pesquisa da documentação indireta da revisão bibliográfica, será estruturada em três momentos, além de contar como uma introdução e uma conclusão. Para

⁶ Vale-se da terminologia trans para designar os sujeitos que se identificam com as identidades transexuais e travestis.

⁷ Há que referir que a busca por visibilidade para a população LGBTQI+, especialmente para os sujeitos trans, não é apenas atravessada pelos conflitos entre classes sociais, mas sim por outras tantas lutas por direitos, tais como as das mulheres e das pessoas negras, entre outras. (JESUS, 2015; ÁVILA, 2014).

⁸ Compreende tal terminologia a partir da leitura de Spivak (2010).

tanto, em um primeiro momento, será abordada a discriminação de uma forma geral, posteriormente abordar-se-á a discriminação direcionada aos/as trans no contexto social e finalmente discorrer-se-á acerca da discriminação direcionada a estes sujeitos nas relações de trabalho e como a efetivação do direito a não-discriminação contribui para assegurar o direito ao trabalho aos sujeitos trans no Brasil.

Pensa-se que este estudo possibilita importantes contribuições. Acredita-se que consolidar estudos críticos, como o que se pretende realizar nesta investigação pode ser um aporte importante para que a ciência jurídica possa ultrapassar a episteme atual do conhecimento, mas, fundamentalmente, para que se transforme em um campo afirmativo e emancipatório, garantindo, aos sujeitos trans, ao ser efetivado o direito ao trabalho, uma vida vivível alicerçada na concepção de democracia radical. (BUTLER, 2015b).

2 UM BREVE PANORAMA ACERCA DA DISCRIMINAÇÃO NO CONTEXTO SOCIAL

Ainda hoje, são inúmeras as formas de discriminação direcionadas aos sujeitos não padronizados pelo qualificativo humano (BUTLER, 2003), seja em virtude da sua raça, da sua identidade de gênero ou/e sexual ou em relação a quaisquer características físicas ou comportamentais que escapam a heteronormatividade. (BUTLER, 2003). Devido as ideias e valores reproduzidos no interior da sociedade, que concedem a determinados sujeitos a humanidade e marcam quais ficarão fora deste qualificativo (BUTLER, 2003), o fenômeno da discriminação é, talvez, um dos temas que mais inquietam os cientistas sociais, por ser um tema, ainda, evasivo e de difícil compreensão.

Rios (2020) ao teorizar acerca da transfobia⁹ define e diferencia as expressões discriminação e preconceito, para ele, “a discriminação significa materialização, no plano concreto, das relações sociais, de atitudes arbitrárias, comissivas ou omissivas, relacionadas ao preconceito, que produzem violações de direitos dos indivíduos e dos

⁹ Chama-se atenção que o autor utiliza a expressão homotransfobia para designar a discriminação vivenciada por sujeitos que extrapolam os padrões heteronormativos, no entanto, neste escrito, usa-se a expressão transfobia porque como esclarece Jesus (2012) a melhor forma para fazer referência ao preconceito e discriminação sofridos pelos sujeitos trans é a partir do termo transfobia.

grupos”. Já os preconceitos “são quaisquer formas de percepções mentais negativas em face de indivíduos e de grupos socialmente inferiorizados, bem como as representações sociais conectadas a tais percepções” (RIOS, 2020, p. 3).

Para Rios a discriminação é a denominação jurídica atribuída às violações do princípio da igualdade (RIOS, 2007, p. 19), cuja reprovabilidade se consubstancia na efetivação do direito a não-discriminação.

No campo específico do direito do trabalho a Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT)¹⁰, a qual dispõe sobre discriminação no emprego e na profissão, define discriminação no seu artigo 1º como:

- a) Toda distinção, exclusão ou preferência baseada em motivos de raça, cor, sexo, religião, opinião, política, ascendência nacional ou origem social que tenha como efeito anular ou alterar igualdade de oportunidade ou tratamento no emprego ou na ocupação.
- b) Qualquer distinção, exclusão, preferência que tenha como efeito alterar a igualdade de oportunidades ou tratamento no emprego ou ocupação. (Convenção nº 111 da OIT de 1958).

O preconceito é a pré-disposição negativa que o sujeito carrega decorrente da sua noção de cultura, raça, identidade de gênero e sexual, entre outras concepções. Em virtude disso, a discriminação é a materialização ou/e exteriorização do preconceito que é cultivado pelo sujeito e a sua prática gera a marginalização de inúmeros grupos em precarização social, assim como a rejeição e abjeção (BUTLER, 2003) social destes.

Nesse contexto, conforme denota Rios (2007), os estudiosos começaram a analisar com maior veemência a discriminação e o preconceito a partir da II Guerra Mundial e, foi embasada, primeiramente, nas formas de manifestação do antissemitismo, do racismo e do sexismo.

¹⁰ A Convenção nº 111 foi adotada pela Conferência Geral da Organização Internacional do Trabalho na sua 42ª sessão, a 25 de junho de 1958, entrou em vigor no plano Internacional em 15 de junho de 1960 e foi ratificada pelo Brasil em 26 de novembro de 1965. (CALVET, 2010).

Já com relação à discriminação e o preconceito relativos especificadamente às expressões das sexualidades fora ao padrão heteronormativo, discriminação homofobia, como as direcionadas aos homossexuais, estas passaram a ser estudados somente nas últimas décadas do século XX. (RIOS, 2007).

Na particularização das formas da discriminação, há que se ressaltar que a discriminação no antissemitismo embasava-se na pertinência cultural e genealógica; a discriminação proveniente do racismo encontra fundamentação na identificação de sinais corporais distintivos, especialmente cor e sinais morfológicos específicos; e a discriminação sexista é vislumbrada pela valorização da distinção morfológica sexual; atributo da categorização de gênero e das identidades de gênero e sexual de forma binária (RIOS, 2007), em outros termos, as distinções sexuais entre homens e mulheres são as bases da discriminação sexista, assim, estas passam a ser concebidas tanto em termos de dominação, quanto como forma de diferenciação, demonstra-se, neste cenário, essencial rejeitar o caráter fixo e permanente da oposição binária; base fundadora da ordem social.

Além disso, a discriminação em função da maneira que essa se exterioriza pode ser classificada em direta ou indireta. A discriminação direta¹¹ ocorre quando é violada uma norma vigente no ordenamento jurídico, ou seja, tal discriminação se materializa por meio da exclusão explícita, a discriminação indireta¹², por sua vez, simula o cumprimento da regra de igualdade, mas gera, na realidade, verdadeira situação de desigualdade.

Em virtude da ordem constitucional brasileira¹³ e em conformidade com o que preconiza a Declaração Universal dos Direitos

¹¹ Situação que exemplifica referida discriminação ocorre quando se rejeita candidata com sobrepeso a uma vaga de emprego.

¹² Um exemplo de discriminação indireta se dá quando o empregador solicita que ao currículo seja acrescida a foto do candidato e a partir disso passa a selecioná-lo em virtude da sua identidade de gênero.

¹³ Além disso, em nosso ordenamento jurídico a Lei 9.029/95 veta a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de emprego ou por sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade, como elucidou Calvet (2010). Todavia, silenciou o legislador, infelizmente, sobre a discriminação por identidade de gênero, não trazendo de forma explícita tal proibição

Humanos¹⁴, qualquer forma de discriminação não pode ser admitida, pois conforme já analisado, ao ser praticado qualquer ato discriminatório contra os sujeitos se está infringindo o respeito o princípio da igualdade - este que viabiliza a estruturação de uma vida vivível, e, fundamentalmente, a concepção de uma ordem democracia radical – como a que se pensa que deve ser estruturada.

3 APONTAMENTOS SOBRE A DISCRIMINAÇÃO POR IDENTIDADE DE GÊNEROS NO CENÁRIO SOCIAL

No contexto social brasileiro, a consequência da vivência dos gêneros, das identidades de gêneros e sexual e das sexualidades de forma não normativa mostra-se nos dados estatísticos que apontam o Brasil como um dos países mais violentos com relação às pessoas trans. Tal realidade ocorre porque, como diz Bento (2008), a existência trans *deixa às claras* que o corpo-sexuado que lhe foi atribuído não serve para lhe dar sentido e que o processo de reconstrução do corpo é marcado por conflitos que põem às claras as *ideologias de gêneros*, ao interromper a linha de continuidade e de coerência que se supõe natural entre sexualidades, gêneros e identidades, ao mesmo tempo em que aponta os limites da eficácia das normas de gêneros. Tal fato coloca os/as trans em permanente negociação com as normas de gêneros e, conseqüentemente, em busca de condições de inclusividade e de reconhecimento de direitos e, sobretudo, de uma vida vivível. (BUTLER, 2015b).

Sabe-se que, fundamentalmente no Brasil, as violências direcionadas aos sujeitos trans não se resumem à violência fatal¹⁵, o silenciamento e as interdições dos gêneros e das identidades, especialmente de gêneros e sexualidades se encontram nos mais variados domínios do saber e nos múltiplos espaços de produção de poder. Os/as trans são expulsos da vida em sociedade, empurrados para zonas de precarização social, política e jurídica¹⁶. Há, deste modo, um processo de

¹⁴ Art. 1º da Declaração Universal dos Direitos Humanos: “todos nascem livres e iguais em direitos e dignidade e que sendo dotados de consciência e razão devem agir de forma fraterna em relação aos outros”.

¹⁵ É importante registrar que no contexto social brasileiro a violência fatal direcionada as pessoas trans ainda é alarmante.

¹⁶ Vale-se de Butler (2015a) para compreender a categoria da precarização. Alerta-se que se alarga sua categoria para propor a precarização jurídica.

segregação desses sujeitos dos núcleos familiares, escolares, laborais. Significam, via de regra, um grupo em subalternização em termos de escolaridade baixa, trabalhos precários, ascensão social, impedimentos aos mais variados tipos de serviços e, fundamentalmente, são excluídos e silenciados de muitos campos sociais. Assim, para além dos dados dessa violência fatal direcionada aos sujeitos trans, Benevides e Nogueira (2019) chamam atenção para

a conjuntura vivenciada pelas pessoas que fazem parte desse segmento da sociedade que abandona e marginaliza sujeitos que rompem com os padrões hetero-cis-normativos. A maior parte da população trans no país vive em condições de miséria e exclusão social, sem acesso à educação, saúde, qualificação profissional, oportunidade de inclusão no mercado de trabalho formal e políticas públicas que considerem suas demandas específicas. (BENEVIDES, NOGUEIRA, 2019, p. 4).

Muito disso ocorre porque diversos contextos sociais e culturais, como o brasileiro, são heterossexistas, ou seja, pressupõem a heterossexualidade como algo supostamente *natural*, ao mesmo tempo que a impõem compulsoriamente por meios institucionais, culturais e educacionais. Desse modo, ainda em tempos presentes, vivencia-se uma ordem heteronormativa, na qual inclusive homossexuais são induzidos a adotar a heterossexualidade¹⁷ como modelo para suas vidas, *transferindo*, assim, a linha da e precarização social, política e jurídica para aqueles que rompem com as normas das identidades e, sobretudo, as de gêneros, como os trans.

Parece, então, razoável afirmar que nos dias de hoje, em que as garantias constitucionais e os direitos fundamentais no Brasil são desafiados pelo recrudescimento de intolerância, discriminação e violência (RIOS, 2020) a efetivação do direito a não-discriminação mostra-se fundamental para assegurar um dos direitos sociais assegurados na Constituição Federal brasileira, isto é, o direito ao trabalho aos sujeitos trans no Brasil.

¹⁷ Nesse sentido trazem: Miskolci (2017); Jesus (2015, 2020); Bento (2017); Colling (2015); e Nardi (2013).

4 DA DISCRIMINAÇÃO POR IDENTIDADE DE GÊNERO NAS RELAÇÕES TRABALHO E A EFETIVAÇÃO DO DIREITO A NÃO-DISCRIMINAÇÃO

A transfobia, como mencionado acima, encontra-se fortemente arraigado no contexto social brasileiro, desse modo, é evidente que essa forma de discriminação, também, se faria presente no ambiente laboral, onde o poder e o tratamento diferenciado podem se tornar tragicamente complexos.

Vale pontuar que não se pode desprezar que os conflitos decorrentes da discriminação vivenciadas pelos/as trans ocorrem em uma ordem social capitalista e, por isso, via de regra, o cenário das relações de trabalho tendem a serem os principais locais em que se vivenciam estas situações, pois as relações de poder de forma hierarquizadas que são, na maioria dos casos, reafirmadas cotidianamente nestes ambientes, além de restringir a efetivação da cidadania aos/as trans, limita a concepção discursiva de forma binária naturalizando condutas, expressividades de gêneros e sexuais.

Isso ocorre, fundamentalmente, em razão da internalização de valores heterossexistas no todo social. Deve-se, então, “seguir padrões e direções da instância maior” (BERTÚLIO, 2012, p. 143), que é branca; masculina; heterossexual; das sociedades ocidentais, determinando e marcando, com isso, o lugar do outro; não qualificado como humano na estrutura social e de poder. (BUTLER, 2015a).

No Brasil 90%¹⁸ dos sujeitos que performatizam seus gêneros em desconexão ao marco heteronormativo, especificadamente o/as trans já foram vítimas de alguma forma de discriminação motivada por sua identidade de gênero e, muitos/as revelam já terem vivenciado ou presenciado situações de intolerância e violência física ou simbólica em suas vivências cotidianas, como em ambientes laborais.

Embora a discriminação por identidade de gênero no ambiente de trabalho seja uma das realidades que mais profundamente afronta e desafia o direito a não-discriminação, atualmente, não há, no ordenamento jurídico vigente, nenhum dispositivo que proíba

¹⁸ Dados disponíveis em: <https://unaid.org.br/2020/01/mais-de-90-da-populacao-trans-ja-sofreu-discriminacao-na-vida/>. Acesso em: 01 jul. 2020.

expressamente tal prática¹⁹. Entretanto, em virtude dos preceitos constitucionais e das normas que combatem a discriminação, compreende-se que este direito deve ser efetivado. Localizam-se algumas²⁰ decisões que efetivam o direito a não-discriminação os/as trans praticada no ambiente de trabalho. Neste sentido, a decisão do Tribunal Regional do Trabalho da 1º Região traz:

RECURSO ORDINÁRIO. DISPENSA DISCRIMINATÓRIA EM RAZÃO DE SUA IDENTIDADE DE GÊNERO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. MAJORAÇÃO. A discriminação por identidade de gênero é nefasta, porque retira das pessoas a legítima expectativa de inclusão social em condições iguais aos que compõem o tecido social. Dói. Mas dói na alma, no desejo e no sentido de contribuir para construir uma sociedade vocacionada à promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, que assegure o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da privacidade, como quer a Constituição que organiza esse tecido social. A dispensa discriminatória, na contramão do caminhar da sociedade no sentido de avançar para além da tradicional identificação de sexos e reconhecer, como essência da dignidade da pessoa humana e do direito à felicidade, a transição e o reconhecimento daqueles cuja autopercepção difere do que se registrou no momento de seu nascimento, é medida que merece ser censurada. A empresa, como agente de transformação social que é e pela importância que ocupa no cenário econômico

¹⁹ A partir de 2019 como o julgamento do STF (ADO nº 26/DF) o preconceito quanto à orientação sexual e identidade de gênero passou a ser considerado como crime de racismo, sendo, portanto, sua prática criminalizada no Brasil, no entanto, infelizmente, há, ainda, omissão legislativa quanto a matéria.

²⁰ Chama-se atenção para o baixo número de ações que ingressam na justiça laboral que postulam resguardar o efetivo direito ao trabalho das/dos trans. No ano de 2021 foram apenas 153 ações trabalhistas no Brasil. Isto se dá porque, como afirma Medeiros (2022) as/os trans “já enfrentam dificuldade para entrar no mercado do trabalho e, quando sofrem discriminação, ou preferem deixar para lá, para não reviver o que aconteceu, ou não querem entrar com ação com receio de fechar as portas para novos empregos.” Disponível em: <https://www.socialismocriativo.com.br/transgeneros-vao-a-justica-contra-discriminacao-no-trabalho/>. Acesso em: 2 mar. 2023.

nacional e internacional, deveria contribuir para a construção dessa sociedade inclusiva, mais justa, mais igualitária, mais feliz a partir da felicidade de cada um. Ao contrário, fez doer a alma do trabalhador e seu sentimento de pertencer. Indenização por dano moral majorada para R\$ 30.000,00. LEI 9.029/1995. DANO MATERIAL. PAGAMENTO EM DOBRO DA REMUNERAÇÃO DO PERÍODO DE AFASTAMENTO. O art. 4º da Lei 9.029/1995 assegura ao empregado que teve o contrato de trabalho rompido por ato discriminatório a faculdade de optar entre a reintegração, com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, ou a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento. Assim, reconhecida a dispensa discriminatória, e dada a impossibilidade de reintegração ao emprego, face a obtenção de novo emprego, é devido o pagamento das remunerações, em dobro, do período em que esteve afastado, ou seja, da dispensa até a obtenção do novo emprego²¹.

Importa referir, que ainda que não se faça menção expressa ao direito a não-discriminação acredita-se que decisões como essas - ao combaterem a discriminação vivenciada pelos sujeitos trans a partir da incidência do princípio da igualdade e, que, portanto, resguardam o direito ao trabalho e, conseqüentemente, uma vida vivível a estes sujeitos - materializam o direito a não-discriminação.

A desembargadora Carina Bicalho ao posicionar-se na decisão acima esclarece que

A discriminação por identidade de gênero é nefasta, porque retira das pessoas a legítima expectativa de inclusão social em condições iguais aos que compõem o tecido social. Dói. Mas dói na alma, no desejo e no sentido de contribuir para construir uma sociedade vocacionada à promoção do bem de todos e sem preconceitos de qualquer ordem, que assegure o bem-estar, a igualdade e a justiça como valores supremos e a resguardar os princípios da igualdade e da

²¹ Cabe referir que não foram informados os números dos processos citados neste escrito, pois busca-se preservar a identidade dos sujeitos. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/trt-1/1185240586>. Acesso em: 1 mar. 2022.

privacidade, como quer a Constituição que organiza esse tecido social. (BICALHO, 2020).

Há que se evidenciar, também, que tais atos devem ser combatidos em todas as fases contratuais (pré-contratual; contratual; e pós-contratual), uma vez que o prejuízo ocasionado pela prática desses atos independe do momento contratual, já que o/a empregador/a deve responder pelos danos causados, se comprovado sua culpa, ao/a trabalhador durante a integralidade da relação de trabalho. É neste sentido que o artigo 4º da Lei 9.029/95 traz:

Art. 4º - O rompimento da relação de trabalho por ato discriminatório, nos moldes desta Lei, além do direito à reparação pelo dano moral, faculta ao empregado optar entre:

I - a readmissão com ressarcimento integral de todo o período de afastamento, mediante pagamento das remunerações devidas, corrigidas monetariamente, acrescidas dos juros legais;

II - a percepção, em dobro, da remuneração do período de afastamento, corrigida monetariamente e acrescida dos juros legais.

Além disso, preleciona a Lei 9.029/95 que a adoção de qualquer prática discriminatória e limitativa para efeito de acesso a relação de trabalho, ou para sua manutenção, por motivo de sexo, origem, raça, cor, estado civil, situação familiar ou idade deve ser considerado ato juridicamente intolerável. Nessa linha, alguns autores, como Calvet (2010), bem como a jurisprudência, conforme evidenciado acima, posicionam-se no sentido de aplicar tal norma para qualquer tipo de discriminação, entendendo que o rol do artigo primeiro deve ser interpretado como meramente exemplificativo e não taxativo, sendo assim, as práticas discriminatórias por identidade de gênero devem ser combatidas assim como as demais.

Ainda, a complexibilidade da comprovação do ato discriminatório não pode servir de subterfúgio para o/a empregador/a

praticar tal ato durante a fase pré-contratual, pois a fase de seleção de candidatos/as para vaga de trabalho é um terreno fértil para a prática discriminatória, especificadamente direcionada aos/as trans. Sabe-se que a maior parte da população trans sequer tem sua contratação efetivada por conta da discriminação.

As pessoas trans enfrentam, como pontuado, uma série de subalternidades, que vão da rejeição na fase de seleção ao trabalho até a privação do efetivo direito ao trabalho. Aguiar (2022)²² defende que a privação de trabalho é uma forma de preconceito que impede que uma parte da população brasileira desenvolva sua força de trabalho e talentos profissionais.

Nesse sentido, acredita-se que, valendo-se dos ensinamentos de Calvet (2010) e embasado-se no direito a não-discriminação (RIOS, 2007) ao sujeito/a-candidato/a vítima de discriminação já na admissão, deve ser garantido o direito à reintegração (CALVET, 2010). Tal direito concerne, como explica Calvet (2010), na condenação do/a agressor/a à realização compulsória do contrato de trabalho frustrado pelo abuso do direito na seleção do/a trabalhador/a ou, ainda, diante da impossibilidade fática dessa tutela deve-se utilizar a alternativa indenizatória para punir tal agressão.

Aliás, entende-se que em virtude das sequelas que o ato discriminatório pode gerar, em alguns casos, não ser possível a condenação do/a agressor/a à contratação compulsória, pois referida prática poderia acarretar maiores danos ao sujeito. A estes/as, nesta situação, acredita-se ser mais apropriado buscar a indenização por danos morais na justiça laboral e não a sua reintegração. Foi exatamente neste sentido que a 29ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte condenou uma empresa a indenizar um sujeito trans por ter vivenciado no processo seletivo para ingresso de seu quadro de funcionário discriminação pela identidade de gênero.²³

²² Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2022-12/pesquisa-descreve-barreiras-para-acesso-de-pessoas-trans-ao-emprego>. Acesso em: 1 mar. 2022.

²³ Disponível em: <https://www.em.com.br/app/noticia/diversidade/2022/06/30/noticia-diversidade,1377036/posto-de-gasolina-e-condenado-por-discriminar-transgenero-em-selecao.shtml>. Acesso em: 01 mar. 2023.

Quando o ato discriminatório é praticado na fase contratual o/a empregador/a, como mencionado, também, deverá ser punido por essa prática. Nesse momento o/a candidato/a ultrapassou o processo de seleção e o seu contrato de trabalho já foi firmado, estando, assim, o liame empregatício estabelecido.

Embora existam normas protetivas expressas em benefício do/da trabalhadora contrárias a qualquer ato discriminatório, inúmeros são os casos em que o/a trabalhador/a é vítima de discriminação na vigência do contrato de trabalho, uma vez que o/a empregador/a utiliza-se do seu poder diretivo para praticar tais agressões, e o/a empregado/a, por sua vez, silencia com receio de perder o seu labor.

Em função da exposição sofrida pelo/a trabalhador/a à situações humilhantes e constrangedoras durante a prestação dos serviços em razão da sua identidade de gênero, ocasionadas não apenas por seu/sua empregador/a, mas, também, em muitas situações, pelos seus/suas colegas de trabalho, passa, portanto, o/a trabalhador/a trans a ser vítima, do que se convencionou a ser denominado como assédio moral.

Diversas são as formas que esse assédio pode ser manifestado, no caso pontual do assédio moral direcionado ao/a empregado/a que vivencia os (des)caminhos do marco heteronormativo, Sanches (2006) afirma, que a prática mais comum, nesses casos, é provocar o isolamento do/a trabalhador/a, também, o direcionamento a esse/a de brincadeiras jocosas que decorrem da sua identidade de gênero. Em função disso a maioria das vítimas abaladas pelas agressões sofridas não suportam o sofrimento diário e acabam pedindo demissão do emprego ou são, em muitos casos, demitidas pelo/a empregador/a que se utiliza de argumentos não verdadeiros para embasar essa resilição.

Verifica-se, também, a prática de atos discriminatórios na fase pós-contratual, todavia, essa fase é mais complexa para se comprovar a discriminação sofrida, uma vez que o contrato de trabalho já foi extinto. Cabe mencionar, entretanto, que mesmo que a relação empregatícia tenha sido dissolvida as partes continuam vinculadas por obrigações que dela decorreram ou decorrem, assim, se for comprovado que o/a trabalhador/a foi, por exemplo, demitido/a por suposta prática de ato que materializa a justa causa, mas na realidade foi vítima de discriminação em virtude da sua identidade de gênero, ainda que, o contrato de trabalho já tenha sido extinto o/a empregador/a será responsabilizado/a.

A qualquer evidência de discriminação no ato admissional, no curso do contrato ou após o término do contrato de trabalho ocasionado em virtude da identidade de gênero, deve-se, portanto, postular a efetivação do direito a não-discriminação, isto porque estar-se-á garantindo, aos sujeitos trans, ao ser efetivado o direito ao trabalho, uma vida vivível alicerçada na concepção de democracia radical. (BUTLER, 2015b).

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A transfobia nas relações de trabalho no Brasil é, como verificado, um tema pouco explorado, contudo, demonstra-se de extrema relevância haja vista ser a discriminação por identidade de gênero uma das realidades que mais profundamente afronta e desafia os preceitos da igualdade. Em virtude disso, tencionou-se, neste escrito, verificar como a efetivação do direito a não-discriminação nas relações de trabalho contribui para assegurar o direito ao trabalho aos sujeitos trans no Brasil. Para isso, realizou-se uma breve abordagem acerca da discriminação, após, discorreu-se sobre discriminação direcionada aos/as trans no contexto social e, ao final, analisou-se a discriminação direcionada a estes sujeitos nas relações de trabalho, bem como diagnosticou-se como a efetivação do direito a não-discriminação contribui para assegurar o direito ao trabalho aos sujeitos trans no contexto brasileiro.

Ainda, em que pese a omissão legislativa no que atine a expressa punição da conduta discriminatória direcionada aos/as trans no ambiente de trabalho deve ser garantido a estes a efetivação do direito a não-discriminação. Defende-se que a discriminação vivenciada pelos sujeitos trans deve ser combatida a partir da incidência do princípio da igualdade, resguardando-se, assim, o direito ao trabalho e, conseqüentemente, uma vida vivível a estes sujeitos – consubstanciando, portanto, a efetivação do direito a não-discriminação.

Acredita-se, por fim, que consolidar investigações, como o que se pretendeu realizar neste estudo, sobre a efetivação do direito a não-discriminação no ambiente de trabalho pode ser um aporte importante para que - ao resguardar o direito do trabalho, e conseqüentemente, uma vida vivível aos sujeitos trans- a ciência jurídica possa se estabelecer como um campo afirmativo e emancipatório.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ÁVILA, Simone Nunes. **FTM, transhomem, homem trans, homem: a emergência de transmasculinidades no Brasil contemporâneo**. Tese (doutorado) – Programa de Pós-Graduação Interdisciplinar em Ciências humanas, Universidade Federal de Santa Catarina, Santa Maria, 2014. Disponível em:

<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/129050/329117.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acesso em: 01 out. 2019.

BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara. Apresentação. *In*: BENEVIDES, Bruna; NOGUEIRA, Sayonara. (Orgs.). **Dossiê: Assassinatos e violência contra travestis e transexuais no Brasil em 2018**, 2019. Disponível em:

<https://antrabrazil.files.wordpress.com/2019/01/dossie-dos-assassinatos-e-violencia-contra-pessoas-trans-em-2018.pdf>. Acesso em: 10 de jan. 2020.

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

BERTÚLIO, Dora Lucia de Lima. O “novo” direito velho: Racismo e Direito. *In*: NARDI, Henrique Caetano SILVEIRA, Raquel Silva, MACHADO, Paula Sandrine (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: Sulinas, 2013.

BRASIL. **Lei nº 9.029, de 13 de abril de 1995**. Proíbe a exigência de atestados de gravidez e esterilização, e outras práticas discriminatórias, para efeitos admissionais ou de permanência da relação jurídica de trabalho, e dá outras providências. Brasília, DF: [Presidência da República]. Disponível em:

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L9029.HTM. Acesso em: 10 de ago. 2015.

BRUM, Crhis Netto de. **Ser adolescente que vivenciou a revelação do diagnóstico de soropositividade ao hiv/aids: contribuições para o cuidado em enfermagem e saúde**. Dissertação (Mestrado em Enfermagem) - Programa de Pós-Graduação em Enfermagem, Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, 2013.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero**: feminismo e subversão da identidade. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

BUTLER, Judith. **Quadro de guerra**: Quando a vida é passível de luto? Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2015a.

BUTLER, Judith. **Notes Toward a Performative theory of Assembly**. Cambridge, Massachusetts: Harvard University Press, 2015b.

CALVET, Otávio Amaral. **Discriminação na Admissão: Direito à Integração**. Disponível em:
http://www.calvet.pro.br/artigos/clavet_Direito%20_alntegracao.pdf.
Acesso em: 08 mar. 2010.

COLLING, Leandro. **Que os outros sejam a norma**: tensões entre o movimento LGBT e o ativismo *queer*. Salvador: EDUFBA, 2015

JESUS, Jaqueline Gomes. Interloções teóricas do pensamento transfeminista. *In*: JESUS, Jaqueline Gomes de *et al.* (Org): **Transfeminismo**: teorias e práticas. 2 ed. Rio de Janeiro: Metanoia, 2015.

JESUS, Jaqueline Gomes. **Orientações sobre identidade de gênero**: conceitos e termos: guia técnico sobre pessoas transexuais, travestis e demais transgêneros, para formadores de opinião. 2 ed. Rev. e amp. Brasília: EDA/FBN, 2012. [publicação online]. Disponível em:
<http://www.diversidadesexual.com.br/wp-content/uploads/2013/04/G%C3%8ANERO-CONCEITOS-E-TERMOS.pdf>. Acesso em: 20 jul. 2019.

MISKOLCI, Richard. **Teoria queer**: um aprendizado pelas diferenças. 3. ed. Rev. e ampl. Belo Horizonte: Autêntica: UFOP - Universidade Federal de Ouro Preto, 2017.

NARDI, Henrique Caetano. Relações de Gênero e Diversidade Sexual: Compreendendo o Contexto Sociopolítico Contemporâneo. *In*: NARDI, Henrique Caetano; SILVEIRA, Raquel Silva; MACHADO, Paula Sandrine (Orgs.). **Diversidade sexual, relações de gênero e políticas públicas**. Porto Alegre: Sulinas, 2013.

OLIVEIRA, Paulo Eduardo Vieira de. **O dano pessoal no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2002.

Organização Internacional do Trabalho (OIT). **Convenção nº 111**. Disponível em: <http://www.oit.org.br/node/472>. Acesso em: 10 ago. 2015.

RIOS, Roger Raupp. O conceito de homofobia na perspectiva dos direitos humanos e no contexto dos estudos sobre preconceito e discriminação. *In: Rompendo o silêncio: homofobia e heterossexismo na sociedade contemporânea*. (Org.). POCAHY, Fernando. Porto Alegre: Nuances, 2007.

RIOS, Roger Raupp. **A homossexualidade no Direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SPIVAK, Gayatri Chakravorty. **Pode o subalterno falar?** Belo Horizonte: UFMG, 2010.

UNITED Nations. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf. Acesso em: 10 Ago. 2015.

CENSO DA EDUCAÇÃO SUPERIOR BRASILEIRA DE 2020: RACISMO, CAPACITISMO E MANUTENÇÃO DAS DESIGUALDADES EDUCACIONAIS

Filipe Ferreira Delmondes²⁴
Rúbia Cristina da Silva Passos²⁵

Resumo

A última década é marcada por mudanças nos perfis dos estudantes no Ensino Superior no Brasil, apontando para o acesso para pessoas negras (pretas e pardas) e pessoas com deficiência. Esse novo cenário é resultado da luta dos movimentos sociais por ações afirmativas iniciadas por ambos os movimentos na década de 80. Como contribuição, este artigo problematiza a ausência qualitativa dos dados do Censo de 2020. Esses dados demonstram como central a mercantilização do Ensino Superior; o racismo e o capacitismo institucional das Instituições de Ensino Superior; bem como o despreparo para avançar nos desafios que lhe foram impostas pelas políticas públicas de acesso ao Ensino Superior no país.

Palavras-chave: Direito social à educação; Ensino Superior Brasileiro; Pessoas negras; Pessoas com Deficiência.

BRAZILIAN HIGHER EDUCATION CENSUS: RACISM, CAPABILITY AND MAINTENANCE OF EDUCATIONAL INEQUALITIES

Abstract

The last decade is marked by changes in the profiles of students in University Education in Brazil, pointing to access for black people and people with disabilities. This new scenario is the result of the struggle of social movements for affirmative action initiated by both movements in the 1980's. As a contribution, this article problematizes the qualitative absence of data from the 2020 Censo. These statistics demonstrate how central the commodification of University Education is; racism and institutional capacityism in University Education Institutions; as well as the unpreparedness to advance in the challenges imposed by the public policy of access to University Education in the country.

²⁴ Mestrando do Programa do Pós-graduação em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande-FURG. Email: delmondes.filipe@gmail.com

²⁵ Mestranda do Programa do Pós-graduação em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande-FURG. Email: rubiacsp@gmail.com

Keywords: Law social to Education; Higher Education; Black people; people with disabilities.

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho se propõe a uma revisão da literatura, problematizando os grandes desafios atuais do Ensino Superior no Brasil, que é sobreviver como fonte humana- capaz de contribuir para o aperfeiçoamento científico, social e cultural da sociedade. Assim, recorreremos aos debates propostos por Mészáros (2008) que produziu e desenvolveu estudos sobre como a educação como um todo é afetada pela crise estrutural do capital.

Para dialogar com esse autor, trazemos outros autores como Débora Diniz e Francisco Ortega (2010) e Clóvis Moura (2020). Ademais, a fim de fundamentar o objetivo aqui proposto, problematizamos os dados do último Censo da Educação Superior brasileira de 2020, buscando tratar não só das conexões existentes entre o interesse do capital na educação como uma nova forma de obter lucro, mas também como as Instituições de Ensino Superior (IES) vêm se tornando objeto do sistema financeiro para maiores ganhos para o sistema capitalista ao redor do globo, centrando nossa análise no Brasil.

Dessa maneira, o lugar da educação como bem público é colocado em xeque, uma vez que mesmo que com avanços advindos das políticas públicas de acesso às IES, a essas, gradativamente, foram e têm sido impostas a articular-se à ordem econômica neoliberal vigente.

2 ENSINO SUPERIOR NO BRASIL - BREVE CARACTERÍSTICAS

Para pensar na Educação de maneira geral, inicialmente, salientamos os estudos propostos por Lukács (2013) que define o papel da educação como reprodutora do ser social, nós humanos em nossa completude, na nossa capacidade de emancipação. Isto é, compreender a educação como um bem inalienável da humanidade, responsável por reproduzir as riquezas das descobertas e invenções humanas.

Contudo, com o advento do modo de produção capitalista, muitos dos bens naturalmente humanos como a própria educação, acabam por se

tornar em meras mercadorias para o Capital²⁶. Assim, essa lógica *fetichista* da mercadoria (MARX, 2012) faz com que a educação passe a ser um dos investimentos mais rentáveis, não pelo seu potencial de reprodução humana, mas pela sua capacidade de reprodução do capital, perdendo, desse modo, sua finalidade humana.

Dessa maneira, situamos a problemática da educação, em especial a do Ensino Superior brasileira, na consolidação do Estado Moderno, hoje neoliberal, influenciado pela globalização da economia ao redor do globo que se inicia no Brasil no período ditatorial, alcançando seu ápice na década de 1990, sob orientações de organismo como o do Banco Mundial (BM) e o do Fundo Monetário Internacional (FMI) (MÉSZÁROS, 2008).

Esses agentes internacionais impuseram mudanças ao sistema de Ensino Superior dos países que recorreram a eles, como o caso do Brasil, que se adequassem às exigências do mercado internacional, aderindo aos fundamentos da especulação, da flexibilização e da competitividade, no qual percebemos os resultados desse processo no presente século XXI na ideia da IES como um bem privado, limitado para pessoas que podem pagar.

Para fundamentar a análise aqui proposta na prática, utilizamos como base o censo da Educação Superior de 2020 que permitiu a reflexão qualitativa desses. Isto é, com base nesses dados percebemos que somente a análise quantitativa se demonstra ineficiente para conseguirmos compreender a educação Superior brasileira estatisticamente.

Nesse sentido, se o objetivo do presente artigo é direcionado a dois grupos sociais específicos como a população negra (pretos e pardos) e as pessoas com deficiência (PCD), bem como mencionar alguns marcos legais do debate como colocamos a seguir.

Isto é, o conhecimento colocado como recurso inquestionável para a transformação da sociedade, tornou-se não só mais uma ferramenta ideológica de difusão dos valores que legitimam os interesses da classe dominante como também de dominação para manutenção desse sistema

²⁶ Mézáros (2008) sintetiza que “No reino do capital, a educação é, ela mesma, uma mercadoria” (MÉSZÁROS, 2008, p.16). Ou seja, no sistema capitalista, a educação como patrimônio cultural de organização e transformação da sociedade, passa a ser consumida pelo metabolismo desse sistema econômico-político.

econômico-político capitalista que iria se consolidar após industrialização nacional (MÉSZÁROS, 2008).

Desse modo, quando observamos os dados do Ensino Superior no país, visualizamos que o sistema brasileiro, na atualidade, é majoritariamente privado, uma vez que cerca de 19 milhões de vagas para acesso a esse sistema de Ensino estão no meio privado, ao contrário do público, que contém apenas cerca de um milhão de vagas, conforme se observa nas tabelas abaixo:

(continua)

ANO	TOTAL GERAL	CATEGORIA ADMINISTRATIVA				
		PÚBLICA				PRIVADA
		TOTAL	FEDERAL	ESTADUAL	MUNICIPAL	
2011	2.365	284	103	110	71	2.081
2012	2.416	304	103	116	85	2.112
2013	2.391	301	106	119	76	2.090

ANO	TOTAL GERAL	CATEGORIA ADMINISTRATIVA				
		PÚBLICA				PRIVADA
		TOTAL	FEDERAL	ESTADUAL	MUNICIPAL	
2014	2.368	298	107	118	73	2.070
2015	2.364	295	107	120	68	2.069
2016	2.407	296	107	123	66	2.111
2017	2.448	296	109	124	63	2.152
2018	2.537	299	110	128	61	2.238
2019	2.608	302	110	132	60	2.306
2020	2.457	304	118	129	57	2.153

Categoria Administrativa	Vagas de Cursos de Graduação			
	Total Geral de Vagas	Vagas Novas Oferecidas	Vagas de Programas Especiais	Vagas Remanescentes
Total Geral	19.626.441	14.328.139	60.859	5.237.443
Pública	863.520	668.890	9.930	184.700
Federal	492.599	373.185	3.160	116.254
Estadual	247.972	203.705	6.347	37.920
Municipal	122.949	92.000	423	30.526
Privada	18.762.921	13.659.249	50.929	5.052.743

Fonte: Censo 2020

Essa expansão do número de vagas no Ensino Superior podemos mencionar, por exemplo, ocorreu pelas políticas públicas educacionais como REUNI nas IES públicas e pelos programas de financiamento nas IES privadas como PROUNI E FIES²⁷. Apesar dos avanços que podemos visualizar nos dados, uma análise mais cuidadosa indica que o mercado privado se tornou dominante no Ensino Superior no Brasil.

Nesse sentido, podemos citar, por exemplo, como fato histórico, a época da criação do PROUNI, que as universidades privadas passavam por problemas com vagas ociosas e dessa maneira, o programa “caiu como uma luva” para o setor privado. Isto é, por um lado, o governo Lula (2003-2011) no início desse programa criava a imagem de que estava expandindo o acesso ao Ensino Superior, sobretudo aos grupos marginalizados da sociedade, mas por outro lado comprava milhares de vagas ociosas das universidades privadas.

Ora o resultado, podemos observar no gráfico abaixo:

²⁷ Programa de Apoio a Planos de Reestruturação e Expansão das Universidades Federais; Programa Universidades para Todos e Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior. Todos os programas foram instituídos pelo então Governo Lula (2003-2011), visaram democratizar o acesso ao Ensino Superior no país.

(continua)

ANO	TOTAL GERAL	REEMBOLSÁVEL				NÃO REEMBOLSÁVEL			
		TOTAL	FIES	PRÓPRIO DA IES	OUTROS	TOTAL	PRONUNI ¹	PRÓPRIO DA IES	OUTROS
2011	1.428.984	292.304	220.542	37.796	38.387	1.194.534	364.521	683.564	170.840
2012	1.664.822	504.253	433.948	35.245	39.872	1.247.121	398.409	717.449	155.175
2013	1.999.430	923.839	817.020	37.471	78.472	1.237.287	384.698	754.369	127.540
2014	2.432.397	1.358.618	1.303.146	24.546	36.568	1.303.254	437.275	787.687	114.844
2015	2.697.918	1.390.779	1.332.302	35.514	33.833	1.536.104	517.161	873.657	204.536

ANO	TOTAL GERAL	REEMBOLSÁVEL				NÃO REEMBOLSÁVEL			
		TOTAL	FIES	PRÓPRIO DA IES	OUTROS	TOTAL	PRONUNI ¹	PRÓPRIO DA IES	OUTROS
2016	2.768.447	1.313.455	1.226.352	74.494	41.233	1.660.255	580.592	990.427	140.749
2017	2.887.768	1.174.019	1.070.460	96.659	47.632	1.985.585	609.434	1.300.256	158.507
2018	2.985.527	1.015.395	821.122	169.860	46.219	2.293.444	575.099	1.612.607	164.668
2019	2.973.544	794.842	571.852	206.027	42.397	2.468.570	615.623	1.763.909	161.966
2020	3.005.530	454.246	353.001	78.866	40.146	2.686.713	566.636	2.056.901	137.966

Fonte: Censo 2020

Ao refletir sobre a atual realidade do Ensino Superior no país, percebemos que por um lado o investimento estatal em IES privadas acaba por outro lado em um investimento menor nas IES públicas, da mesma forma que o investimento privado nas IES públicas limita as ações das mesmas às demandas do setor privado de Ensino.

Por isso é idealista pensar, por exemplo, em uma concepção de *Justiça Social* realizada tão somente pelo acesso à educação superior, justamente por não confrontar a lógica dominante liberal de Ensino Superior, isto é, o Ensino com base na meritocracia, na lógica de mercado, que não rompe com as mesmas instituições (ALMEIDA, 2018).

Assim podemos observar que o capital transforma a riqueza da produção científica - que deveria objetivar a soluções para os problemas

sociais, em uma produção de riqueza de volumes e expedição de diplomas como podemos observar no Ensino Superior privado. Nesse sentido, ainda que as políticas públicas de acesso tenham provocado mudanças significativas no perfil das e dos discentes, não podemos mencionar que houve uma mudança na estrutura desigual do Ensino Superior brasileiro.

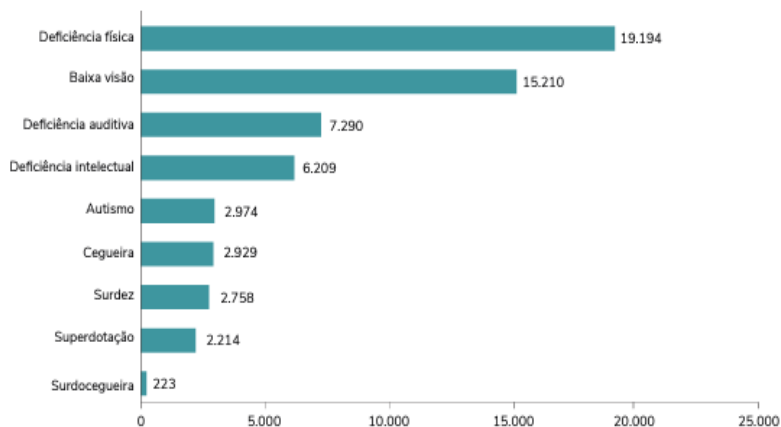
3 ONDE ESTÃO AS PESSOAS COM DEFICIÊNCIA NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO?

No que tange às pessoas com deficiência (PCD), o acesso à educação se deu por impulso dos movimentos sociais. E neste viés de conquistas das PCD por meio de suas militâncias, é relevante expandir a compreensão acerca do conceito de deficiência, pois ele ultrapassa as definições biomédicas enumeradas na Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde CID quando analisada pela opressão sofrida por essas pessoas em virtude das variações de funcionamento de seus corpos e ou mentes.

Por isso, também, a fim de combater estes sofrimentos e na tentativa de equidade, se dá a importância da presença e participação desta minoria em ambientes de cunho político deliberativo. Coerente a essa argumentação, segue a opinião de DINIZ (2010).

Deficiência é um conceito que denuncia a relação de desigualdade imposta por ambientes com barreiras a um corpo com impedimentos. Por isso, a Convenção sobre Deficiência da Organização das Nações Unidas menciona a participação como parâmetro para a formulação de políticas e ações direcionadas a essa população, definindo as pessoas com deficiência como “aquelas que têm impedimentos de natureza física, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade com as demais pessoas” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS [ONU], 2006a, artigo 1º). Deficiência não é apenas o que o olhar médico descreve, mas principalmente a restrição à participação plena provocada pelas barreiras sociais (DINIZ, 2020, p. 66).

Portanto, o ingresso de PCD na universidade é sobretudo, um rompimento da barreira de acesso. E nesse sentido, o censo de 2020 demonstra, qualitativamente, o número de ingressantes pcd subdividindo-os por tipo de deficiência.



Fonte: CENSO 2020

Insta salientar que, embora a Lei de cotas (lei n. 12.711) seja do ano de 2012, a ampliação desta política só abarcou as pessoas com deficiência em 2017, por meio da Lei 13.409/2016. Ou seja, não obstante tenha havido ingresso de negros (pretos e pardos) na universidade, no que tange às PCD o prejuízo foi ainda maior e isso refletiu no censo de 2020, analisado neste trabalho.

4 ONDE ESTÃO OS PPI (PRETOS, PARDOS E INDÍGENAS) NO ENSINO SUPERIOR BRASILEIRO?

Falar das e dos estudantes negros (pretos e pardos) implica compreender que no centro das nossas análises as desigualdades econômicas permanentes em que a população negra foi e é submetida. Em termos históricos, cabe ressaltar que no período imperial, por exemplo, podemos destacar a lei n. 1 de 14 de janeiro de 1837, no qual o podemos observar que para quem era o acesso: “São proibidos de frequentar as escolas públicas: Primeiro: Todas as pessoas que padecem de moléstias

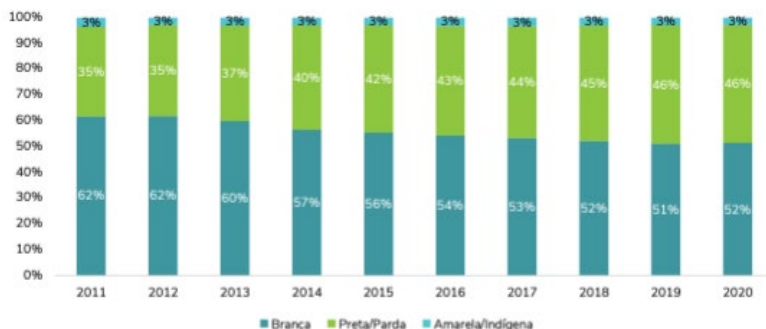
contagiosas. Segundo: os escravos e os pretos africanos, ainda que sejam livres ou libertos."

A exclusão de pessoas escravizadas e portadores de doenças contagiosas do acesso à educação é histórica, e pode ser entendida sob o ponto de vista que o acesso às pessoas negras no geral, poderia colocar em estabilidade ainda mais para o já decadente sistema colonial escravista (MOURA, 2020).

Durante grande parte do século XX, após o fim do sistema colonial escravista, a população negra foi colocada à margem da sociedade, das mais diversas maneiras já produzidas em diversos estudos como o de gabarito intelectual de Lélia Gonzalez (2020 e Clóvis Moura (2020) e que não serão objetos aqui por delimitação de tema.

Até chegar aos dias atuais, portanto, houve muita luta do povo negro e dos mais diversos movimentos sociais até a concretização da lei de cotas (lei n. 12.711/12) por exemplo, que resultou no aumento gradativo dos números de estudantes negros (pretos e pardos) que acessaram as IES do país.

Contudo, quando observamos os dados do Ensino Superior da atualidade, através do Censo de 2020, percebemos que o indicativo cor/raça quase não apareceu e quando isso ocorreu visou tão somente quantificar os marcadores sociais estudados, sem referências às políticas públicas educacionais do respectivo período. Vejamos abaixo:



Fonte: Censo 2020

É possível observar por um lado que o número de estudantes negros tenha aumentado significativamente, por outro lado, o número geral de estudantes aumentou também. Isto é, conclui-se que o percentual

de estudantes brancos ainda é majoritariamente maior, mesmo com a garantia de reserva de vagas.

Desse modo, compreendemos que há uma concepção de que o racismo é estranho à educação, justamente porque no geral há a ideia de acreditamos na Educação como ferramenta de combate aos mais diversos preconceitos e de transformação da nossa sociedade.

No entanto, se não fosse a educação, o racismo não teria conseguido se reproduzir. Ou seja, o racismo faz parte de todos os processos educacionais, justamente porque nós naturalizamos o racismo de tal modo, que ele não aparece de modo evidente nas nossas relações no dia a dia (ALMEIDA, 2018).

Ou seja, há muito tempo já era gestada uma concepção de exclusão social exatamente pelo sistema de Ensino e quando não, resulta no que hoje conhecemos por sistema público de Ensino. Hoje possuímos diversos estudos que atestam que a população negra está nas escolas públicas mais precarizadas do país²⁸. Piores por condições precárias de estudo, piores pelo sucateamento da educação pública, piores pelo descaso com a valorização das e dos professores do magistério.

Nesse sentido, buscamos aqui demonstrar que no Censo de 2020, os dados (quando isso ocorre) abordam de uma maneira geral, abstrata, sem nenhuma caracterização desses estudantes como se todos fossem iguais. Este é um erro grave, uma vez que o Ensino Superior já está marcado por desigualdades históricas.

Assim, podemos observar que a desigualdade permaneceu mesmo após uma década da promulgação da Lei de cotas (lei n. 12.711/12) nas IES, o que ficou demonstrado no censo de 2020, após oito anos da promulgação da lei e três anos no que tange a lei de cotas da pcd, mesmo em local tido como democrático, plural e diverso.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A contribuição do presente artigo, nesse sentido é evidenciar que quando falamos de Ensino Superior, estamos falando de uma realidade ainda muito distante da maioria das e dos jovens pobres, negros, de

²⁸ Segundo reportagem do jornal folha de SP, jovens negros estão nas piores taxas de escolarização do país. Para ver mais, acesse: <https://www1.folha.uol.com.br/educacao/2020/06/negros-sao-717-dos-jovens-que-abandonam-a-escola-no-brasil.shtml>. Acesso em: 05 jan. 2023.

pessoas com deficiência do país. Uma vez que essa grande parcela da sociedade, especialmente os mais vulneráveis socialmente, enfrentam diversas dificuldades, que vão muito além do somente acesso ao Ensino Superior. Permanecer e concluir os seus estudos no Ensino Superior se tornam, por diversos fatores “externos”, como a entrada precoce no mercado de trabalho, como a gravidez, a violência e os preconceitos dos mais diversos sofridos cotidianamente, extremamente difíceis.

Podemos constatar ainda, que o perfil dos estudantes que acessaram o Ensino Superior na última década tenha passado por algumas alterações a partir da Lei de Cotas (lei n. 12.711/12), tanto o percentual da população negra quanto da população com deficiência (lei n. 13.409/16) está não só muito aquém do percentual esperado por essas normas como também do contingente populacional que reflita de fato a realidade da sociedade brasileira, que é em sua maioria negra²⁹ (pretos e pardos).

Dessa maneira, o próximo censo necessita ser aprimorado, buscando um panorama atualizado e fidedigno sobre as desigualdades raciais e das pessoas com deficiência nos diferentes dados da Educação Superior, com principalmente, na manutenção das políticas públicas educacionais e sociais de equidade ocorridas na última década.

Por isso, este artigo buscou apresentar uma análise qualitativa do censo do Ensino Superior Brasileiro de 2020, chamando a atenção para a necessidade de uma melhor compreensão acerca das desigualdades raciais e das pessoas com deficiência que marca o Ensino Superior.

Isto é, de como as IES enquanto instituições públicas de Ensino não conseguem dar conta, justamente porque são parte das reproduções das desigualdades e dos preconceitos presente nas relações sociais da nossa sociedade, e consequentemente, ligadas às reproduções das condições sociais, culturais, políticas e econômicas já concretizadas da nossa sociedade, das relações do modo de produção capitalista.

Nesse sentido, acreditamos que somente é possível pensar na educação como um projeto emancipador a partir da compreensão da educação nos seus aspectos sociais, culturais e econômico político. Isto é, a educação como fonte de formação humana capaz de contribuir para um

²⁹ Ver mais em: <https://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2015/12/04/negros-representam-54-da-populacao-do-pais-mas-sao-so-17-dos-mais-ricos.htm>. Acesso em: 06 jan. 2023.

projeto político de transformação de todas as estruturas e instituições da nossa sociedade; bem compartilhados solidariamente como bens públicos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALMEIDA, Silvio Luiz de. **O que é racismo estrutural?** Belo Horizonte: Letramento, 2018.

BRASIL. **Lei nº 13.409, de 28 de dezembro de 2016.** Altera a Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012, para dispor sobre a reserva de vagas para pessoas com deficiência nos cursos técnico de nível médio e superior das instituições federais de ensino. Brasília, DF: Presidência da República, [2016]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/113409.htm. Acesso em: 05 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012.** Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2012/Lei/L12711.htm. Acesso em 05 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 10.639, de 9 de janeiro de 2003.** Altera a Lei no 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional, para incluir no currículo oficial da Rede de Ensino a obrigatoriedade da temática "História e Cultura Afro-Brasileira", e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/2003/L10.639.html. Acesso em: 13 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 12.288, de 20 de julho de 2010**. Institui o Estatuto da Igualdade Racial; altera as Leis nos 7.716, de 5 de janeiro de 1989, 9.029, de 13 de abril de 1995, 7.347, de 24 de julho de 1985, e 10.778, de 24 de novembro de 2003. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2010/Lei/L12288.html. Acesso em 13 dez. 2022.

BRASIL. **Censo da Educação Superior de 2020**. Disponível em: chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcglclefindmkaj/https://download.inep.gov.br/publicacoes/institucionais/estatisticas_e_indicadores/notas_estatisticas_censo_da_educacao_Superior_2020.pdf. Acesso em 05/12/2022.

DINIZ, Débora; BARBOSA, Livia; SANTOS, Wenderson. Deficiência, Direitos Humanos e Justiça. *In*: DINIZ, Débora; SANTOS, Wederson (orgs.). **Deficiência e Discriminação**. Brasília: Letras Livres: EdUnB, 2010. p. 64-77. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/sur/a/fPMZfn9hbJYM7SzN9bwzysb/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 08 jan. 2022.

GONZALEZ, Lélia. **Por um Feminismo Afro-Latino-Americano: Ensaios, Intervenções e Diálogos** Rio Janeiro: Zahar. 375 pp. 2020.

LUKÁCS, Gyorgy. **Para uma ontologia do ser social**. 2. ed. São Paulo: Boitempo, 2013.

MARX, Karl. **O capital: crítica da economia política**. livro I. volume 2. 30. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2012.

MÉSZÁROS, Istvan. **Educação para além do capital**. São Paulo: Boitempo, 2008.

MOURA, Clóvis. **Dialética Radical do Brasil Negro**. 3. ed. São Paulo, SP: Anita Garibaldi, 2020.

MOURA, Clóvis. **Sociologia do negro**. São Paulo: Ática, 1988 (Série Fundamentos, n. 34).

CULPA DA MAGISTRATURA: DECISÕES JUDICIAIS QUE ESTIMULAM O DESCUMPRIMENTO DA LEGISLAÇÃO VIGENTE

Marcelo de Oliveira Jeronimo³⁰

Resumo

Temos que o judiciário existe para prover justiça às contendas da sociedade. O que pode se mostrar um engano crasso ao analisarmos algumas decisões judiciais hodiernas. Sob uma ótica mais apurada é possível ver que a atitude conservadora e até protecionista dos nobres julgadores fazem exatamente o inverso disso. Em se falando de contendas judiciais que tem em seus polos forças díspares como aquelas ações cíveis onde o embate se dá entre um cidadão médio e grandes empresas amparadas pela força econômica, a atuação do judiciário tende a aumentar o abismo de poder que separa os dois polos da lide. Veja-se que uma decisão que, ainda que reconheça acertadamente o direito, fixa pouca ou nenhuma punição buscando o restabelecimento do *status quo* inicial, em verdade além de não resolver o problema acaba por estimular a reiteração delitiva diante da insuficiência punitiva. No presente texto, discorre-se acerca dos motivos que levam o hipersuficiente a delinquir e reiterar tal delinquência. E também as expectativas que podem ser criadas acerca da lucratividade aferida pelo descumprimento da lei. Nesse contexto, demonstra que muitas decisões judiciais são ineficazes no que se refere ao efeito pedagógico, constituindo verdadeiro ‘tiro no pé’ quando se analisa a função que o judiciário deveria devolver à sociedade civil, acabando por enaltecer o forte e debilitar o fraco.

Palavras-chave: Decisões; estímulo; descumprimento; efeito pedagógico; disparidade; continuidade delitiva.

FAULT OF THE MAGISTRATURE: JUDICIAL DECISIONS THAT STIMULATE NON-COMPLIANCE WITH CURRENT LEGISLATION

Abstract

We have that the judiciary exists to provide justice to the disputes of society. What can prove to be a crass mistake when we analyze some current judicial decisions. From a more accurate perspective, it is possible to see that the conservative and even protectionist attitude of the noble judges does exactly the opposite of this. When talking about

³⁰ Bacharel em Direito pela FURG. Especialista em Prática Jurídica Social pela FURG.

judicial disputes that have disparate forces at their poles, such as those civil actions where the clash takes place between an average citizen and large companies supported by economic strength, the role of the judiciary tends to increase the abyss of power that separates the two poles. of the deal. It can be seen that a decision that, even if it rightly recognizes the right, sets little or no punishment seeking to re-establish the initial status quo, in fact, in addition to not resolving the problem, it ends up stimulating the criminal reiteration in the face of punitive insufficiency. In this text, we discuss the reasons that lead the hypersufficient to commit and reiterate such delinquency. Moreover, the expectations that can be created about the profitability measured by non-compliance with the law. In this context, it demonstrates that many judicial decisions are ineffective with regard to the pedagogical effect, constituting a true 'shot in the foot' when analyzing the function that the judiciary should return to civil society, ending up praising the strong and weakening the weak.

Keywords: Decisions; stimulus; noncompliance; pedagogical effect; disparity; delinquent continuity.

1 INTRODUÇÃO

Este artigo objetiva problematizar as consequências das decisões judiciais no que tange à fixação em sentença de valores por danos morais e materiais, sobretudo quando as partes litigantes são compostas por uma empresa hipersuficiente e um cidadão hipossuficiente. Para tanto, se utiliza como base a percepção de que, ainda que o discurso de fundamentação das sentenças judiciais frise a disparidade de forças entre os litigantes e citem a necessidade de equipará-las, na prática pode-se observar que os valores fixados são ínfimos ante o poder econômico da parte demandada e os ganhos auferidos indevidamente com a atividade marginal. O que pode vir a estimular o descumprimento sistemático da lei e dos direitos sociais visando maior lucratividade em contrapartida ao cumprimento legislativo.

Para tal intuito, lançamos mão de larga pesquisa de cunho bibliográfico somado ao manuseio de legislação pertinente e jurisprudência, a fim de fundamentar a argumentação aqui desenvolvida indicando conclusões cientificamente aceitas. Na construção argumentativa deste artigo foi utilizado o método dedutivo. Dessa forma passa-se à explanação.

Há quem sustente que justiça é alçar todos ao mesmo patamar, em igualdade de regras, e então avaliar de forma imparcial o cerne do

conflito. Ledo engano. Equiparação de regras não se traduz em equilíbrio de forças ou recursos. À título exemplificativo faremos uma analogia com o evento esportivo ocorrido no dia 30 de janeiro de 2022, onde se deu um embate de boxe protagonizado pelo tetracampeão mundial de boxe Acelino Popó Freitas e o humorista e youtuber Whinderson Nunes. Veja-se que, ainda que ambos os oponentes estivessem sob as mesmas regras e condições externas, a derrota de Whinderson era algo certo ante disparidade de forças e competências dos polos da disputa. Mesmo havendo a intervenção do juiz, que apenas evitou um massacre. Sendo certo que vitorioso e derrotado já entraram no ringue definidos. A única dúvida é se Popó chegaria a suar.

Nesta analogia, considerando-se a relação de força que acaba por ser estabelecida em muitos dos litígios que chegam ao judiciário brasileiro, há de se pensar na forma como atua o próprio judiciário na aplicação da lei ante a “busca por justiça” entabulada por seus jurisdicionados. Notoriamente, em um país de políticas públicas insuficientes, a enorme parcela da população que não dispõe de instrução ou recursos financeiros para se proteger vê-se como Whinderson Nunes: em uma luta que não pode vencer. Empregadores e empresas, mais fortes devido a sua condição econômica, veem-se anabolizados pela habitualidade de suas contendas e a especialização de seus advogados naquele nicho, podendo, dessa forma, se valer da disparidade de condições para com a contraparte processual.

E qual é atuação do judiciário diante desta constatação? Em teoria a posição de imparcialidade e isonomia, para julgar sem privilegiar nenhuma das partes. Assim como na luta usada como analogia, o juiz apenas evita o massacre permitindo, e até instigando, que o lutador muito mais forte e melhor treinado continue a surrar tantos outros Whindersons, beneficiando-se de vitórias escrachadas ou aquelas disfarçadas como ‘empates técnicos’.

Neste sentido, Ana Carolina Chasin (2012) ao analisar litigantes do Juizado Especial Cível (JEC) afirma uma posição invariável de vantagem à empresas como bancos ou operadoras de telefonia. Aponta a autora que além do poder econômico que estas empresas dispõem, o que lhes permite contratar melhores advogados e suportar tranquilamente o ônus processual, essa prevalência é ampliada pela habitualidade de litigâncias. Ora, não obstante comumente seja a parte mais forte a parte demandada, o fato de esta frequentar hodiernamente os tribunais lhe traz

uma especialização na matéria legal e jurisprudência ali discutida muito superior. Ainda, além do acúmulo de conhecimento prático, há de se trazer para a balança as relações sociais e informais que os operadores destas empresas obtêm dada a habitualidade. Tudo isso lhes permite raciocinar em termos de probabilidades influenciando diretamente no resultado para que seja sempre o melhor possível.

Nesta senda, no judiciário brasileiro, assim como na sociedade, a desigualdade social é latente, abissal e elitista. Santos (1989), expõe que litígios entre partes com posições de poder estruturalmente desiguais (litígios entre patrões e operários, entre consumidores e produtores, entre inquilinos e senhoris) há a deterioração da posição jurídica da parte mais fraca, a perda das garantias processuais e, contribui, assim, para a consolidação das desigualdades sociais. A menos que os poderes do juiz fossem utilizados para compensar a perda das garantias. O que será sempre difícil.

A problemática de disparidades de forças entre litigantes, suas causas e a forma como atua o judiciário, que deveria equilibrar tudo, é algo que vem sendo discutido ainda timidamente. O que precisa ser mudado, vez que aquilo que não faz parte da solução, involuntariamente pode fazer parte do problema.

2 DESENVOLVIMENTO

No direito brasileiro é impossível a imputação penal de entes de personalidade jurídica. A incapacidade penal da pessoa jurídica é fundamentada no princípio constitucional do *Societas delinquere non potest*. Segundo Fonseca (1999) e Efig (2004), basicamente são exigidas duas condições essenciais para se afirmar a imputabilidade. É preciso que se identifiquem os elementos de inteligência, ou seja, que haja conscientização do ato/fato por si gerado, de suas implicações e consequências, e também é necessário a identificação dos elementos afetivos, o saber que seu ato/fato é antijurídico, com os quais se identifica o dolo. Em outras palavras, para que seja imputável, o sujeito precisa ter consciência de que está praticando algo, saber que o faz ainda que contraindicado e fazê-lo dentro dos limites de voluntariedade. Diante disso, descarta-se a imputação penal da pessoa jurídica, já que incapaz dos elementos intelectuais e afetivos tão necessários para a ideia de imputabilidade.

Mas, mesmo não sendo possível que a pessoa jurídica venha a delinquir, não poderia passar incólume por prejuízos causados por seus atos. A inimizabilidade na esfera criminal não exime sua responsabilização na esfera civil. Sobretudo quando se tratam de litígios resultantes de atividades econômicas, recorre-se à imposição de sanções administrativas e/ou civis. O que muitas vezes acontece.

Poder-se-ia, então, dizer que a justiça foi feita e a lei cumprida, ante a condenação civil de um Golias. Mas, se a condenação em si não reconstitui o *status quo* inicial e tampouco desestimula a continuidade delitiva que atingirá outros hipossuficientes, e com isso toda a sociedade democrática de direito, somos obrigados à análise deste entendimento.

Para isso, uma ferramenta adequada é a Teoria Econômica do Direito. A Teoria Econômica do Direito é um estudo que parte de um viés economista e busca compreender o comportamento sociológico no âmbito do Direito. É o entendimento econômico fornecendo meios de entender e prever como os jurisdicionados reagem à aplicação da lei. A análise econômica do direito é um campo de pesquisa e desenvolvimento do conhecimento humano que tem por objetivo a intenção de entabular melhor compreensão e alcance do Direito, permitindo o aperfeiçoamento do desenvolvimento, da aplicação, do embasamento e da avaliação das normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências.

Para compreensão de sua relevância, é imprescindível saber que a análise econômica do crime teve sua aurora no ensaio de Gary Becker intitulado "Crime and punishment an economic approach" (Crime e punição: uma abordagem econômica, em tradução livre), publicado no Journal of Political Economy em 1968 onde o autor associa a prática de crimes à fundamentos da economia.

Becker parte da premissa de que as decisões são tomadas de forma absolutamente racionais e na livre escolha em conformidade com a expectativa de obtenção de vantagens ou desvantagens. Ou seja, a infração da lei é uma escolha racional onde é pesada a certeza da vantagem a ser obtida em contrapartida à possibilidade de imputação, a probabilidade de que ela ocorra e a desvantagem que ela trará. Também avalia a extensão da punição necessária para que as leis sejam eficientes levando em conta fatores científicos, jurídicos e econômicos. Assim, o autor demonstra que a eficiência da legislação está diretamente ligada ao custo que o Estado possa impor aos infratores.

De fato, Becker demonstra que, ao agir racionalmente, o infrator avalia os custos e os benefícios advindos da infração e opta pela via mais vantajosa. Assim, de acordo com a Teoria Econômica do Crime, o ilícito é cometido quando a vantagem esperada supera a desvantagem que o infrator poderia vir a sofrer. Em conformidade com o afirmado, vê-se Pires (2015) “A ideia central do modelo reside na ponderação realizada por esses mesmos indivíduos entre custos da prática delituosa e os benefícios esperados (expectativas de lucro)”.

Repise-se que a decisão de infringir a lei ou não, é resultado direto de um processo de maximização da utilidade esperada, onde é confrontado, de um lado, os potenciais ganhos resultantes da ação e, por outro lado, o valor da punição e as probabilidades de ser descoberto, processado e, ao fim, sancionado de forma apropriada.

Comungando com a Teoria econômica do Direito, a Teoria Econômica do Consumidor/Fornecedor faz análise semelhante estudando os agentes econômicos comerciais. Esta última defende que, sendo os fornecedores agentes racionais, logo maximizam a sua satisfação e reagem à incentivos. Assim, a única forma de evitar a ilicitude racional seria a penalidade ter força suficiente capaz de reduzir a satisfação desses agentes econômicos com a ilicitude. O que vai exatamente ao encontro às noções de prazer e sofrimento já encontradas nas palavras de Cesare Beccaria (1996). Beccaria apontou a necessidade de serem criados os motivos capazes de dissuadir o espírito marginal de cada ente, mantendo-o nos limites das leis.

Taxativamente pode-se dizer que a infração pode ser uma atividade econômica meio. Afinal o indivíduo irá buscar ganhos até que suas ações passem a gerar perdas maiores.

E na busca de demonstrar este equilíbrio econômico, Vilfredo Pareto (1987) apresentou o que ficou conhecido como Ótimo de Pareto (também chamado de Pareto efficiency ou melhoria de Pareto). De forma resumida, este conceito pode ser sintetizado como o ápice onde uma escolha deixa de ser mais vantajosa do que onerosa. O limiar onde a vantagem é maximizada diante das desvantagens, na avaliação do indivíduo.

O Ótimo de Pareto é o exato momento em que as decisões tomadas geram a máxima satisfação possível antes de iniciarem o declínio da parábola em direção ao custo dessas ações. O Ótimo de Pareto e o Direito se encontram quando se admite que os agentes econômicos, ao

agirem de forma racional, adotam um ponto ótimo, optando pelo delinquir visto a pouca ou nenhuma força das punições judiciais.

Havendo a conclusão de que entes econômicos optam por infringir a lei por ser esta a alternativa mais vantajosa, passa-se à necessária discussão acerca da responsabilidade de atuação dos julgadores, enquanto agentes de aplicação e efetivação do legislado pelo Estado. Os quais deveriam buscar sempre dirimir os atos configurados como abusos, decorrentes justamente da disparidade de forças entre os agentes jurisdicionados.

Segundo Rodriguez (2013), existem pesquisas que discutem a função do juiz em abstrato, pretendendo explicar como um bom juiz deve se comportar, pensar e proferir as suas sentenças. Mas tais teorias acabam por se mostrarem afastadas da empiria e acabam por não demonstrarem o pensar dos juízes reais.

Sob este entendimento vem Portanova (1997), que afirma haver muitos fatores, inclusive inconscientes, que afastam o julgar com isenção. Uma vez que o juiz enquanto ser humano está sob influência de seus próprios preconceitos, tendências, corporativismos e outros tantos entraves. Até mesmo seu ânimo e humor podem pesar na sentença. E por isso Portanova afirma que “a função do Estado é proteger os fortes contra os fracos”. Afinal, se o princípio jurídico é dar a cada um somente o que é seu, dê-se ao pobre a pobreza, ao desgraçado a desgraça e ao miserável a miséria.

Ressalte-se que, no Estado Social de Direito, caberia ao Estado Julgar o equilíbrio entre verdades e chegar a soluções razoavelmente justas para todas as partes envolvidas na lide. Isso, antes de ser uma questão jurídica, é uma questão social. E de acordo com o pautado, aduzem Macedo e Damasceno (2016):

Para a efetivação do processo justo e adequado, pode-se trabalhar, além de várias outras hipóteses, com a ideia da atuação pedagógica do magistrado, o qual, de maneira pró-ativa, busca influenciar e orientar um comportamento por parte dos jurisdicionados pautados nos princípios processuais. (2016, p. 157)

As autoras, enfrentam os deveres e poderes do juiz, a fim de avaliar a capacidade do mesmo em induzir condutas pautadas na boa fé processual, não devendo este manter-se inerte, e sim tomar um

posicionamento ativo no tocante a isto, “sob pena de absoluto esvaziamento da função que lhe é atribuída”.

Parece desnecessário frisar que o juiz tem de impor a lei através de uma atuação pró-ativa, no sentido de coibir os abusos, as distorções e as novas transgressões. Dito desta forma, parece até mesmo óbvio, ainda que na prática isto não seja tão óbvio assim. Nas sentenças o magistrado precisaria avaliar não só qual parte tem razão, a quem pertence o direito. Ele deveria também preocupar-se com o impacto social de sua decisão.

É claro que não é defensável que o juiz tome sua decisão sem uma fundamentação adequada, condizente com os dogmas legais vigentes. Mas, somando-se a isto, deve estar a consciência da necessidade do caráter sancionador como atitude pedagógica. Deve o magistrado observar que não só é necessário remediar o dano, mas também impedir que ele torne a ocorrer. E tais argumentos são cabíveis a todos os juizes. A todas as instâncias.

Fica assim acomodada a urgência para que os magistrados, de todos os âmbitos da judicialização, atuem de forma pedagógica, induzindo condutas positivas e coibindo as condutas negativas. Algo que, aliás, já foi dito por Elaine Harzheim Macedo e Marina Damasceno:

O juiz, na função de órgão do Poder Judiciário, detém uma gama de deveres e de poderes que deve ser sopesada ao efeito de, a uma, não aniquilar o protagonismo das partes, que atuam no processo sob o manto do contraditório forte e substancial, característica que acentua a democratização do processo; a duas, guardam uma pró-atividade determinante, tudo com vistas à prestação judicial tempestiva e efetiva. [...]. Nessas situações, o magistrado pode atuar com um viés pedagógico, com a outorga do mandato popular que a sua investidura no cargo, nos termos da Constituição, lhe assegura, sancionando os excessos, impondo condutas, corrigindo desvios. (2016, p. 154)

Ao contrário do dever ser, o que se observa é uma atuação conservadora do magistrado, que acaba, ainda que involuntariamente, protegendo os fortes e enfraquecendo ainda mais os combalidos. Observe-se as jurisprudências abaixo, extraídas do site do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Ainda que acolhidas as pretensões dos mais fracos, não foram efetivas as decisões adotadas pelos julgadores. No ponto:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. NEGÓCIOS JURÍDICOS BANCÁRIOS. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. INSTITUTO DA NOVAÇÃO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA. PESSOA JURÍDICA. DANO MORAL. PUNITIVE DAMAGES. OCORRÊNCIA. QUANTUM INDENIZATÓRIO. [...]. Em que pese, via de regra, o caso não tenha repercutidos danos mais severos, deve e coibir a conduta desidiosa praticada pela instituição financeira, a qual gera insegurança no mercado de consumo, bem como em face da sua flagrante desorganização movimentou indevidamente a máquina judiciária. Assim, o dano moral, no caso dos autos, resta caracterizado, em face à flagrante violação ao instituto da boa-fé objetiva, visto que a autora fora cobrada por uma dívida já extinta, restando caracterizado o dever de indenizar, forte nas funções reparatória, punitiva e dissuasória da responsabilidade civil. Quantum indenizatório. A contraprestação pelo sofrimento auferido tem a função de compensar a dor injustamente causada à vítima e servir de reprimenda ao agente para que não reincida em situações como a ocorrida, sendo necessária a observação das condições financeiras das partes, a gravidade do fato, além do grau de culpa no cometimento do ato ilícito. Quantum fixado em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais). DERAM PROVIMENTO AO APELO. UNÂNIME. (Apelação Cível, Nº 70073758096, Décima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alexandre Kreutz, Julgado em: 21-03-2018).

Ementa: RECURSO INOMINADO. CONSUMIDOR. TELEFONIA FIXA. "SOS FONE E ARRE. TERC. SOS FONE" NÃO CONTRATADOS. DANO MORAL DECORRENTE DO CARÁTER ILÍCITO QUE É APANÁGIO DA PRÁTICA ABUSIVA. QUANTUM QUE NÃO DEVE SER MINORADO. [...] Quantificação da indenização que deve ser mantida em R\$ 2.000,00, pois em consonância com os parâmetros utilizados por esta Turma em casos análogos. Reiteração de casos em que a ilicitude no proceder da ré se repete, demonstrando que os valores das indenizações não têm fôlego para desestimular novas condutas. Operadora que conta com o esgoelamento dos Juizados Especiais Cíveis em razão de aqui se

processarem a expressiva maioria de ações massificadas. Necessidade de inaugurar-se a doutrina da punitive damage e sua co-irmã, a exemplary damage, às vezes chamadas no direito pátrio, sem muito rigor científico, de teoria do desestímulo. A ideia é punir-se com rigor o causador do dano, de forma pecuniária, destinando-se o montante indenitário diretamente à vítima. Em alguns casos, além da vítima, instituições de caridade podem ser premiadas com a punição do ofensor, ou, até mesmo o Fundo dos Direitos do Consumidor. Óbvio que o apregoado critério punitivo não poderá deixar de considerar a fortuna patrimonial do ofensor. Quanto maior esta for, maior deverá ser a indenização, para que esta possa surtir efeito. Indenizações de pequena monta não constituem punição alguma aos conglomerados econômicos. [...]. RECURSO IMPROVIDO. (Recurso Cível, Nº 71003916376, Terceira Turma Recursal Cível, Turmas Recursais, Relator: Fabio Vieira Heerd, Julgado em: 30-08-2012).

Ao analisar os exemplos acima, julgados do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, é possível perceber uma certa resistência dos julgadores em manter e aplicar o sancionamento de forma mais condizente com o discurso que eles mesmos desenvolvem em seus acórdãos e sentenças. Tal atitude complacente acaba por motivar mais problemas do que soluções, produzindo uma situação desconfortável à aplicação da lei, pra se dizer o mínimo.

Note-se que em ambos os casos jurisprudenciais juntados, a fundamentação versa sobre a premência da utilização da sentença como instrumento penalizador, e por consequência educador. Mas em ambas, o resultado fica aquém do defendido. Na primeira, a ação trata de caso na seara do consumidor onde figura como réu uma instituição bancária. Devidamente fundamentada a decisão, e de forma lindamente coerente, cita, inclusive, que a requerida se vale da via recursal para protelar o cumprimento da sentença. Mas acaba por faltar coerência na fixação do valor de ressarcimento vez que condenou uma instituição bancária à módica quantia de cinco mil reais. Ignorou o julgador que, ante o poder econômico da ré, o valor fixado no acórdão é irrisório. E tende a ser ignorado.

No segundo exemplo, o julgador discorre sobre a necessidade de sua decisão servir como desestímulo, versa ser indispensável a observância da fortuna da demandada, que é empresa nacional de telefonia celular, e, ao final, mantém o valor fixado em míseros dois mil reais. Novamente o valor fixado não condiz com o discurso apresentado, já que a saída de tal valor sequer será sentida no caixa da transgressora.

Tais exemplos buscam provocar uma reflexão quanto ao tema aqui enfrentado. Fica demonstrado que o julgador se nega a impor uma sanção condizente com todos os fatores a serem levados em consideração, entre eles os econômicos e sociais, abrindo mão de uma atuação socialmente justa e adequada com o devido efeito pedagógico.

Em continuidade ao raciocínio, colaciona-se também outra ementa retirada do sítio virtual do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul onde, o julgador age de forma coerente ao seu discurso, e também ao defendido neste trabalho, quando exorta a fixação de outro valor à título de punição, e não somente indenização, para refrear novas investidas como a julgada. Portanto:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL.
RESPONSABILIDADE CIVIL. AÇÃO
INDENIZATÓRIA. MODELO PROFISSIONAL.
USO INDEVIDO DE IMAGEM EM CAMPANHA
PUBLICITÁRIA. DANOS MATERIAIS (LUCROS
CESSANTES) OCORRENTES. NECESSÁRIA
FUNÇÃO PUNITIVA DA RESPONSABILIDADE
CIVIL NO CASO. DANOS MORAIS E PERDA DE
UMA CHANCE INOCORRENTES. DISTINÇÃO
ENTRE O DIREITO À IMAGEM E O DIREITO À
PUBLICIDADE (RIGHT TO PUBLICITY).
Incontroverso nos autos a responsabilidade da ré e da
denunciada à lide, já que não há insurgência nesse
sentido. Danos morais não caracterizados na espécie,
pois o caso em tela não envolve o direito à imagem
propriamente dito, já que se trata de modelo
profissional, que vive da exposição remunerada de sua
imagem. Trata-se de alguém que, licitamente, usa sua
imagem como fonte de renda, não tendo interesse,
portanto, em proibir a divulgação de sua imagem,
como forma de proteção de um direito de
personalidade constitucionalmente protegido. O
direito que o autor possui é aquele denominado na
esfera da common law como sendo o right of
publicity, qual seja o direito de obter remuneração

lícita com a exposição de sua imagem. Isso se dá com o pagamento ao modelo fotográfico do cachê que se costuma pagar para situações similares. Trata-se, portanto, de verdadeiros danos materiais, na forma de lucro cessantes. Danos materiais mantidos na forma fixada pela sentença, porquanto o valor de R\$ 1.000,00 para o trabalho de uma foto publicitária em revista encontra-se dentro dos parâmetros estabelecidos para a categoria profissional, conforme tabela do Sindicado dos Modelos e Manequins do Estado juntada pelo próprio autor. [...]. Todavia, ao valor dos danos materiais, na forma acima fixada, deve ser acrescido um valor, não a título de danos morais, propriamente ditos, mas sim a título de excepcional função punitiva da responsabilidade civil (Punitive Damages), para punir a conduta dos demandados ao não se utilizarem da via contratual (por não terem contratado o modelo, optando por utilizar, com seu desconhecimento, de foto constante de álbum fotográfico). Isso porque, ao se conceder apenas o valor do cachê a que o modelo teria direito, estar- e-ia incentivando quem assim agiu, pois afinal, pagaria, pela via da responsabilidade extracontratual, o mesmo valor que teria pago, anos atrás, pela regular via contratual. APELAÇÃO PARCIALMENTE PROVIDA. (Apelação Cível, Nº 70073245102, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Eugênio Facchini Neto, Julgado em: 24-05-2017).

Neste derradeiro exemplo, o julgador entende que o réu utilizou indevidamente a imagem de um modelo, sem a devida contratação do mesmo, furtando-se dessa forma ao pagamento devido. Descoberto o engodo, acionada a via jurisdicional, a indenização tende a ser fixada no exato valor do prejuízo causado.

Ora essa, isto por si só já seria uma vantagem indevida, visto que a pior hipótese, a judicial, é igual à hipótese que deveria ser adotada inicialmente. É esdrúxulo pensar que, furtando-se do correto pagamento e somente após ingresso na justiça, o infrator acabe sendo condenado a nada mais do que aquilo de já estava obrigado antes.

Talvez a magistratura no Brasil sopesse o parágrafo 5º do artigo 173 da Constituição Federal apenas como uma alegoria, como um ideal do legislador original a ser perseguido. Ou simplesmente ignorem o mesmo com fins paternalistas e conservadores mantendo a força de

gigantes para que os desvalidos não tenham nada além do que uma alegoria de justiça.

Mas o que a magistratura não percebe com tal leniência é o abalo basilar, fundamental, dos preceitos econômicos e sociais. Se os crimes contra os hipossuficientes são danosos, a condescendência com que são tratados é ainda pior. Quando uma sentença é fixada contra um infrator cuja liquidez atinge cifras mensais na casa das centenas de milhões, que efeito poderia ter a sua condenação em um punhado de milhares?

A repressão a este tipo de crime não é efetiva, os poucos casos trazidos ao judiciário são tratados com desídia por quem deveria lhes garantir uma equiparação. Fazendo com que a sentença seja inócua. Ou pior, fazendo-se até estimulante. À título de exemplificação, imagine-se que um fictício fornecedor de crédito tem 30 milhões de clientes (o que, para uma operadora de cartão de crédito no Brasil, é uma quantidade humildemente plausível). Agora suponha-se que o colegiado que administra este ente de personalidade jurídica resolve se valer de sua superioridade econômica e implanta arbitrariamente uma taxa de meros R\$ 4 (quatro reais) nas faturas de todos os seus clientes. E, sem a anuência de sua clientela, ou sequer do conhecimento prévio, esta taxa passa a ser cobrada já na próxima fatura.

Projetando-se tal valor, a receita da operadora é acrescida de nada menos do que R\$ 120.000.000 (cento e vinte milhões de reais). Agora, perceba-se que para cada cliente são meros R\$ 4 (quatro reais), o valor estimado de um café em uma padaria qualquer. Uma bagatela pela qual não vale o esforço de procurar os órgãos públicos. A operadora sabe disso e conta com isso. Sabe que apenas uma parcela de seus clientes vai perceber a cobrança indevida, e que somente uma parcela menor ainda irá entrar em contato pelos canais corporativos a fim de reclamar a cobrança indevida.

A direção da empresa sabe, pois tem como produzir dados estatísticos que a ampare, que, dessa parcela que irá reclamar pelos canais corporativos, a maior parte irá se satisfazer com o cancelamento da quantia indevida no ato de sua reclamação. Bem poucos irão requerer o reembolso de tão pequeno valor. E mesmo estes irão se satisfazer com um pedido de desculpas e o reembolso de seus míseros quatro reais.

Dos 30 milhões de clientes desapropriados ilicitamente da módica quantia, pouquíssimos irão procurar a via judicial e movimentar o aparato estatal para, após alguns meses de espera, receber de volta seus

irrisórios poucos reais acrescidos de juros e correção monetária. O que, diga-se, nem sequer acrescentará a eles um segundo café. O hodiernamente prejudicado deixa de buscar reparação porque sabe que o julgador irá ser condescendente com o rico. E ainda que o valor arbitrado, em caso de uma condenação favorável, ao prejudicado pobre seria tão ridículo a ponto de não valer a pena o esforço de buscar a reparação. Mesmo que o julgador condene o infrator em valor de danos morais, o que pareceria muito ante os meros quatro reais lesados, ainda assim os dois ou três mil reais fixados em sentença não serão desestímulo suficiente ante os 120 milhões de reais aferidos ilegalmente pela empresa. Veja-se que, se a empresa lucra 120 milhões com o descumprimento e gasta poucos milhares com os ressarcimentos, a mesma continuará a delinquir e lucrar ilegalmente. E tudo porque as sentenças foram brandas.

Assim, ciente de todos estes pormenores, é que grandes empresas agem em desacordo com a lei enriquecendo-se ilicitamente em milhões de reais de um só golpe. Por isso é que o grande atacadista nega-se a conceder o desconto anunciado, a operadora de telefonia não presta o serviço que deveria, o banco insere taxas ou serviços com débito automático, a operadora de cartão de crédito surge com cobranças indevidas, a fornecedora de internet entrega muito menos do que foi contratado e assim por diante. Estas atitudes e posicionamentos dos fornecedores são perfeitamente compreendidas através da análise da Teoria Econômica do Direito e da Teoria Econômica do consumidor/fornecedor. O que não é compreensível é a falta de posicionamento proativo dos julgadores com fins de encerrar este ciclo.

O julgador preocupa-se em não provocar o enriquecimento sem causa do reclamante, fixando valores que não terão efeito pedagógico algum. E com isso, este mesmo julgador (que se reveste de prudência protegendo o forte), permite o enriquecimento ilícito do reclamado. No momento em que não considera todos os potenciais lesados pelo infrator que não vieram ao conhecimento do judiciário justamente em virtude da atitude desidiosa deste. Assim, o julgador dá sinal verde para que tantas outras ilegalidades sejam cometidas visto que a lucratividade é alta ante a brandura da condenação. Não é absurdo afirmar que o judiciário brasileiro age de forma tão complacente com o detentor de supremacia de força que beira o ridículo.

E mais, não bastasse a demora do sistema, a complacência do juiz, e a disparidade de força e recursos como desestímulo na busca pela

reparação do prejudicado, ainda há o entendimento legislativo que pretende sempre reparar o dano de forma a retornar ao exato *status quo* anterior à prática deste dano.

Sendo assim, aqui cabe a maior das ressalvas: observe-se que a intenção primária do Código é reparar o dano. Não de impor sanção alguma, muito menos de educar para que não se repita o erro, e menos ainda de impedir que novos danos sejam praticados. Meramente visa-se a reparação do dano causado, dentro do possível e sem exceder os limites financeiros do ocorrido naquele caso concreto. Os causadores do dano ficam obrigados a reparar, apenas, os prejuízos causados à cada caso em específico. E somente àqueles que ingressam com ação judicial.

Além disso, somado à brandura das condenações, os criminosos se beneficiam também da morosidade e asoeramento do judiciário evitando grande parte dos enfrentamentos judiciais. E quando o fazem, se valem das diversas fases recursais para protelar o resultado. Quando este resultado chega, já está defasado, carcomido, produzindo como efeito, para o infrator, nada mais do que um mero dissabor.

Ora, sabidamente as empresas são constituídas a fim de que deem lucro. Esta é a razão de sua existência. Portanto, cada uma das etapas de produção e gerenciamento são minuciosamente monitoradas para reduzir ao mínimo erros ou falhas em seu processo produtivo/administrativo. Maximizando, dessa forma, a lucratividade. Esses são conceitos básicos de gerenciamento de que todos temos consciência. O que talvez não ocorra a todos nós é que estes conceitos irão atingir quaisquer aspectos de gestão ou produção das empresas, inclusive os legais.

As escolhas adotadas por empresas, sobretudo as de grande porte, são escoradas em modelos matemáticos, gráficos demonstrativos e curvas de decisão. As decisões são estipuladas a partir de ações que maximizem lucros ou reduzam custos, à fim de que a empresa constituída cumpra com a sua razão de existência: dar lucro. Tudo se resume à matemática básica.

Determinada atitude é analisada, estudada e avaliada. Se deste estudo obtiver-se a conclusão de que a atitude aumenta lucros ou reduz custos, então ela é aplicada. É um raciocínio matemático simples. Basta pôr na balança, de um lado o custo que determinada decisão irá demandar, e de outro lado a estimativa de ganhos que esta pode gerar. Tudo se resume a uma análise econômica. Inclusive das atitudes tomadas pelos consumidores lesados.

Assim, muitas empresas delinquentes aproveitam-se da sua superioridade de força e baixa busca pelo judiciário para dolosamente, optar pelo risco do delinquir em consequência dos benefícios patrimoniais atrelados à esta delinquência. Administrativamente, pode-se afirmar que o risco vale a pena, pois trata-se de um cálculo feito. Compara-se o custo de cumprir a lei à risca e a probabilidade de custas dentro de uma expectativa de clientes ou funcionários descontentes buscarem o judiciário e esta busca tornar-se sentença condenatória. Sendo assim, se os valores forem demasiadamente baixos em comparação, pode ser mais rentável manter-se na irregularidade do que cumprir a lei. Em outras palavras, para alguns o crime compensa!

Se for mais vantajoso transgredir a lei, esta será rompida sem o menor pudor. Feitos os cálculos, a empresa/fornecedor/empregador irá optar pelo caminho que lhe render maiores ativos. Assim, toca-se na mesma tecla: as fixações pífias das sentenças em transgressões de diversas áreas do direito como consumo, trabalhistas, ambiental, previdenciária e fiscal, realmente afastam a possibilidade da chamada 'indústria do processo', mas, da mesma forma, aproximam o descumprimento da lei.

Neste mesmo entendimento, Bonatto e Dal Pai Moraes relatam a palestra de Salvador Frontini que aqui cotejo:

Em palestra proferida pelo doutor Paulo Salvador Frontini, na época diretor de um grande banco, disse ele sobre as cláusulas abusivas: 'O raciocínio não é fundamentalmente jurídico na empresa, o raciocínio é empresarial, grande parte um raciocínio atuarial. Vamos calcular percentualmente quantos vão criar caso, quantos consumidores dentre, por exemplo, um banco que tem 3 milhões de correntistas, pessoas físicas, sem falar nas pessoas jurídicas. É gente que não acaba mais. De três milhões quantos irão para a fila do Procon? Uma fila com 3 milhões não existe. Se for montar um Procon para atender 3 milhões de pessoas. Então o cálculo é atuarial. O raciocínio empresarial é este. Ora não há dúvida. Obrigações consideradas iníquas, abusivas, que coloquem o consumidor em desvantagem exagerada? Isso existe frequentemente.'” (*Apud* BONATTO, 2009, p. 50)

E se o transgredir a lei é um ato racional e voluntário conforme visto até o momento, não pode o judiciário permanecer agindo da mesma forma que vem agindo até agora. Não pode o aplicador da lei ser conivente com a inobservância desta. De sorte que se faz premente que, a tão falada atitude pró-ativa do magistrado seja levada a cabo. Tem sido perceptível que os meios coercitivos utilizados até aqui não têm se mostrado coerentes com o ideal, sendo para tanto, vital a implementação de uma conotação pedagógica nas penas impostas aos crimes de cunho econômico.

Este entendimento diz respeito à eficiência da reparação a ser fixada pelo juiz. Se a sentença não leva em consideração os fatores econômicos e a lucratividade esperada no transgredir, fica despida de eficiência no momento em que não cultiva o caráter coercitivo. Estimulando, então, a reiteração da prática.

Por fim, cabe uma última ressalva. Já que os crimes econômicos, ambientais, fiscais e trabalhistas são uma prática de dano abstrato e, portanto, coletivo, a fixação de condenação em valores irrisórios não se faz justa no momento que não atinge a coletividade, pois não desestimula a continuidade delitiva. É imprescindível a auto investidura da magistratura na aplicação deste raciocínio a fim de gerar sentenças mais justas e eficientes, que exerçam a função pedagógica da sanção de forma a impedir a reiteração do delito.

3 CONCLUSÃO

Na obra *Vigiar e punir*, Michael Foucault salienta que “encontrar para um crime o castigo que convém, é encontrar a desvantagem cuja ideia seja tal que torne definitivamente sem atração a ideia de um delito” (2011, p. 100). Tal pensamento sintetiza o defendido neste trabalho. Não basta reparar o erro cometido, não basta indenizar o dano sofrido, é necessário que a desvantagem imputada na sentença seja tamanha a ponto de desestimular o infrator de se utilizar de sua supremacia de força para continuar a transgredir a lei. A ideia de que algumas empresas continuam a delinquir justamente porque ainda não foi definido uma punição desvantajosa o suficiente a ponto desestimulá-los de reiterar na infração, deve ser internalizada pela magistratura e colocada em prática a fim de equilibrar muitos dos litígios das mais diversas áreas do direito.

A necessidade de punir de forma efetiva e eficiente os delitos socioeconômicos, ambientais e financeiros desponta como uma carência que ainda requer atenção do judiciário. É necessário o magistrado se imbuir de sua responsabilidade social e se despir de pré-conceitos perpetrados judicialmente sem a devida análise lógica.

Ora, se o fornecedor decide voluntária e racionalmente não cumprir integralmente a lei e transgredir por que é vantajoso transgredir, porque há lucratividade na transgressão, a quem caberia a coerção? Se os agentes fazem uma estudada análise de custo/benefício onde levam em consideração diversos fatores como: a disposição, ou falta dela, do lesado em ingressar judicialmente; o desconhecimento das possibilidades e de seus direitos por parte dos lesados; o descrédito dos lesados para com o judiciário; a insuficiência ou inexistência de fiscalização; e, finalmente, na certeza de que não será condenado à pagamento superior à meros vinténs, qual seria a escolha de uma entidade que foi criada e mantida para dar lucro?

Repise-se que a empresa atua dessa forma porque tem estudo, estatística e cálculo que fundamenta suas decisões. E se a empresa, de forma fundamentada, continua a infringir a lei, é culpa do judiciário que não a puniu de forma a desestimulá-la da continuidade delitiva.

Tudo acaba por resumir-se a um juízo econômico que é reforçado se as decisões judiciais fixam valores pífios ante a capacidade econômica da demandada. E se, após a judicialização, a instrução e a fixação de sentença, a demandada terá de alcançar pouco mais do que seria devido se a lei houvesse simplesmente sido respeitada, então somente o tempo ganho protelando o inevitável já seria motivo suficiente para que não se cumprisse a lei. E acentue-se que não se resume somente ao tempo, também são considerados aqueles valores que jamais serão discutidos por total inércia dos lesados.

Cabendo, desta forma, aos julgadores esta tarefa. O entendimento doutrinário é conservador neste quesito. Arrazoa que não se pode dar causa à chamada 'indústria do processo'. Acautela-se para não instigar o enriquecimento indevido ou, ainda, o ilícito. E ao tocar neste ponto cabe reforçar o entendimento difundido por Teixeira (2016), que elucida ser enriquecimento indevido ou sem causa conceito diferente de enriquecimento ilícito, pois o primeiro não carrega em si ilegalidade, sendo apenas deficiente de merecimento, enquanto o segundo é ilegal na ampla concepção do termo. O autor afirma que, ao negar sanções

adequadas sob alegações de enriquecimento indevido ao lesado, o julgador acaba por dar causa ao enriquecimento ilícito do transgressor.

A Teoria econômica do crime explica o delinquir proposital visando maior lucratividade com a infração em comparação ao cumprimento da lei. Bem como o porquê de as sentenças judiciais fixadas de forma letárgica e conservadora serem desprovidas de efeito-pedagógico e acabarem por causar ainda mais prejuízo ao sistema legal brasileiro.

Não há desestímulo do infrator racional para que deixe de infringir. Este percebe que é mais lucrativo pagar parcas e pífiás indenizações do que cumprir a lei pré-estabelecida. Ao ignorar a racionalidade destas atitudes infratoras, estes mesmos julgadores conservadores que temem dar causa ao enriquecimento indevido do mais fraco, acabam por propiciar o enriquecimento ilícito do mais forte.

A jurisprudência, por vezes, tem o discurso necessário. Mas o julgador pune de forma insuficiente. E, assim, o delinquente frequentemente extrapola o limite da legalidade.

Como já dito, o valor deveria ser fixado para atingir o infrator de tal forma que o faça desistir de novas práticas semelhantes. E também servindo de arauto aos incautos que, assim como ele, poderiam vir a infringir a lei por motivos mesquinhos e gananciosos. Porém, observado que a punição adotada não cause a impossibilidade de que o infrator mantenha as suas atividades.

Deve, portanto, o julgador encontrar um equilíbrio que puna de forma efetiva e não devastadora. A sentença deve causar um efetivo dano punitivo- pedagógico, mas não economicamente avassaladora. Deve ser observada a capacidade econômica do sentenciado para que a sentença faça doer, mas não aleije.

Assim sendo, os julgadores devem encontrar na fixação de suas sentenças o delicado equilíbrio entre a compensação do dano, a punição do infrator e o desestímulo da reincidência; seja por este infrator ou por outro. E ainda não dar causa ao enriquecimento indevido, e tampouco ao ilícito, visando a satisfação social a que se atribui a função de juiz. Tudo para que não haja lucratividade na transgressão.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de J. Cretella Junior e Agnes Cretella. São Paulo/SP: Revista dos tribunais, 1996.

BONATTO, Claudio; MORAES, Paulo Valério Dal Pai. **Questões controvertidas no código de defesa do consumidor**. 5. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado, 199.

CHASIN, Ana Carolina da Matta. A informalização da justiça e seu avesso: Uma análise das audiências de conciliação nos Juizados Especiais Cíveis de São Paulo. **DILEMAS: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social**, v. 5, n. 2, p. 233-265, abr./jun. 2012

EFING, Antônio Carlos. **Fundamentos do direito das relações de consumo**. 2. ed. Curitiba/PR: Juruá, 2004.

FONSECA, Antônio Cezar Lima da. **Direito Penal do Consumidor – Código de Defesa do Consumidor e Lei nº 8.137/90**. 2. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado, 1999.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramallete. 39. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2011.

MACEDO, Elaine Harzheim; DAMASCENO, Marina. A atuação pedagógica do magistrado na busca de um processo justo e de uma prestação adequada: Protagonismo judicial. **Revista de política judiciária, gestão e administração da justiça**, v. 2, n. 2, p. 153-170, Jul./Dez. 2016. Disponível em:

http://repositorio.pucrs.br/dspace/bitstream/10923/11420/2/A_Atuacao_Pedagogica_Do_Magistrado_Na_Busca_De_Um_Processo_Justo_E_De_Uma_Prestacao_Adequada_Protagonismo_Judicial.pdf. Acesso em: 16 set. 2019.

PARETO, Vilfredo. **Manual de economia política**. 2. ed. São Paulo/SP: Nova Cultural. 1987.

PIRES, Adriane da Fonseca. A economia do crime: Precisamos falar sobre Gary Becker. **Canal ciências criminais**, ago. 2015. Disponível em:

<https://canalcienciascriminais.com.br/a-economia-do-crime-precisamos-falar-sobre-gary-becker/>. Acesso em: 22 maio 2019.

PORTANOVA, Rui. **Motivações ideológicas da sentença**. 3. ed. Porto Alegre/RS: Livraria do advogado, 1997.

RODRIGUEZ, José Rodrigo; FERREIRA, Carolina Cutrupi. Como Decidem os Juízes? Sobre a qualidade da jurisdição brasileira. *In*: SILVA, Felipe Gonçalves; RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Manual de Sociologia Jurídica**. São Paulo/SP: Saraiva, 2013. p. 237- 268.

SANTOS, Boaventura de Sousa. Introdução à sociologia da administração da Justiça. *In*: FARIA, José Eduardo. **Direito e justiça: a função social do Judiciário**. São Paulo/SP: Ática, 1989.

TEIXEIRA, Jonathas Elias. **O caráter punitivo-pedagógico das indenizações de danos morais nas relações trabalhistas**. Trabalho de Conclusão de Curso (Bacharelado em Direito) – Faculdade de Ciências Jurídicas, Universidade de Tuiuti, Curitiba, Paraná, 2016. Disponível em: <https://tcconline.utp.br/media/tcc/2016/02/O-CARATER-PUNITIVO-PEDAGOGICO-DAS-INDENIZACOES-DE-DANSO-MORAIS-NAS-RELACOES-TRABALHISTAS.pdf>. Acesso em: 22 maio 2019.

VENTURI, Thais Goveia Pascoaloto. **Responsabilidade civil preventiva: a proteção contra a violação dos direitos e a tutela inibitória material**. São Paulo/SP: Malheiros editores. 2014.

A PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: UMA HISTÓRIA DE LUTAS E RESISTÊNCIAS CONTRA O DESMONTE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL APÓS A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Luiz Pereira Das Neves Neto³¹
André Barbosa da Cruz³²

Resumo

O presente artigo busca explorar a história da previdência social e de sistemas correlatos, como as previdências complementares, de modo a realizar uma reflexão crítica sobre as reformas realizadas na previdência social brasileira nos últimos 25 anos. O presente trabalho desenvolve-se através de uma pesquisa indutiva, com o uso do método monográfico e usando a técnica bibliográfica e documental. Para tanto, passa-se por uma breve contextualização acerca da importância da previdência social como instrumento de promoção de igualdade e justiça social. Nesse contexto, aborda-se os marcos mais significativos na história da constituição da previdência social no mundo e no Brasil, apresentando-se, de modo panorâmico, como a noção de prudência e precaução em relação ao futuro inspirou o desenvolvimento do que hoje se conhece por previdência social. A partir de então, realiza-se uma análise das diversas reformas que foram empreendidas na previdência social após a Constituição Federal de 1988, procurando-se perscrutar os motivos e razões que levam ao seu paulatino desmantelamento.

Palavras-chave: Previdência social; Proteção social; Reforma da previdência; Previdência complementar, Políticas públicas.

³¹ Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande-FURG (2022), Especialista em Direito Civil pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci -Uniasselvi e pós-graduando em Docência em Ensino Superior e Direito do Trabalho. Bacharel em direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande- FARG (2021).

³² Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande-FURG (2022). Especialista em Direito, Constitucional Aplicado pela Faculdade de Direito Prof. Damásio de Jesus – FDDJ (2017). Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Pelotas – UFPel (2005).

SOCIAL SECURITY IN BRAZIL: A HISTORY OF STRUGGLES AND RESISTANCE AGAINST THE DISMANTLING OF SOCIAL SECURITY AFTER THE FEDERAL CONSTITUTION OF 1988

Abstract

This article seeks to explore the history of social security and related systems, such as complementary pensions, in order to carry out a critical reflection on the reforms carried out in Brazilian social security in the last 25 years. The present work is developed through an inductive research, with the use of the monographic method and using the bibliographical and documental technique. Therefore, a brief contextualization about the importance of social security as an instrument for promoting equality and social justice is provided. In this context, the most significant milestones in the history of the constitution of social security in the world and in Brazil are approached, presenting, in a panoramic way, how the notion of prudence and precaution in relation to the future inspired the development of what is known today by social security. From then on, an analysis is carried out of the various reforms that were undertaken in social security after the Federal Constitution of 1988, seeking to scrutinize the motives and reasons that led to its gradual dismantling.

Keywords: Social Security; Social protection; Social Security Reform; Supplementary Public policy.

1 INTRODUÇÃO

A partir de breves estudos reflexivos e críticos sobre os surgimentos tanto da previdência social quanto sistemas correlatos e similares, é que se pode analisar de forma crítica estes institutos, que foram elevados à égide de norma constitucional no ordenamento jurídico pátrio.

É a partir de breves contextualizações históricas que serão descritas as raízes dos problemas sociais que hoje vivenciamos (entre a submissão e desmantelamento da previdência social em favor da privada e/ou similares) e, partindo da premissa de que ela se repete, e esta própria história que pode guiar ao rumo de uma sociedade mais justa e igualitária para todos os indivíduos do meio social.

Este estudo se ordena, em uma pesquisa indutiva, com o uso do método monográfico e usando a técnica bibliográfica e documental, porém sem a pretensão de esgotar o assunto, mas trazer reflexões

oportunas ao contexto contemporâneo de subversões da importância e utilização dos meios e estruturas de ordem pública. Inicialmente o texto se assenta em descrever conceitos basilares sobre a construção de uma sistemática de proteção social, em seguida elencando vários marcos históricos (que fomentaram diversas mudanças e/ou adições pertinentes ao melhoramento do status quo de uma sociedade de bem-estar social).

2 OS BREVES MARCOS CONSTITUINTES DA PREVIDÊNCIA NO DECORRER HISTÓRICO MUNDIAL E DO CONTEXTO BRASILEIRO

É indubitável a afirmação a qual aduz que nossa mera existência já basta para sermos submetidos a quaisquer tipos de infortúnios (de ordem natural ou provocada pela ação humana). Essa asserção anterior tem sido uma perseverante preocupação da humanidade desde os tempos mais primordiais. A essa asserção idealizada de uma necessidade de amparo e ou pré- proteção, na verdade, já era notável desde os períodos pré-históricos, momento em que os homens (leia-se como um homônimo) ainda se abrigavam dentro de cavernas para assim buscarem se sentirem em um maior estado de segurança e proteção. (GLASENAPP, 2015).

Neste contexto histórico, o caminho percorrido pela humanidade, no que se diz respeito a tentativa de reduzir os efeitos dessas possíveis adversidades, como a velhice, a fome e a doença, sem quaisquer exageros, têm se demonstrado como uma forma comportamental instintiva de nossa espécie.

O entendimento dessas reflexões anteriores se mostra interessante para entendermos sobre em que momento específico poderia o ser humano constatar a necessidade de um amparo a posteriori, ou seja, de uma garantia de futuro próximo da conservação de sua existência.

É oportuno ressaltar que, antes dessa indagação ser esmiuçada, seu fundamento por mais que possa conter pressupostos históricos, não se filia, tão somente nisso, mas na qualidade humana instintiva de adaptar-se (leia-se como criatividade) e na qualidade de imaginação situacional futura (baseada em possibilidades de resultados tanto negativos quanto positivos).

Nesse sentido, a partir desta noção, podemos deduzir que de acordo com Leite (1983), a ideia de constituição de uma espécie de entendimento grosseiro de previdência surgiu, provavelmente, a partir do

momento em que o ser humano primitivo, mesmo saciado da fome, guardara um pedaço de carne para o dia seguinte como uma forma de antever a possibilidade de escassez de presas ou até sua inabilidade de êxito em caçar (em ambas deduções há o fator de imaginação e adaptação a futuras possíveis variáveis).

Em complemento a essa linha de raciocínio histórico evolutivo diversos animais têm constituído esse ‘hábito’ de guardar sobras de alimentos (corroborando com a existência instintiva dessa primeira concepção de auto protecionismo), porém, contemporaneamente o que nos distingue destes, seja meramente o elevado grau de complexidades que desenvolvemos para concretizar o nosso sistema protetivo (em várias etapas e, em um primeiro momento individualista para depois ser mais complexo ainda sendo um engendro social/coletivo) (IBRAHIM, 2016).

O receio da probabilidade de variados acontecimentos (das mais diversas ordens positivas e/ou negativas) somados aos instintos de sobrevivência do ser humano contribui para que uma mínima noção de proteção social se fizesse presente na história desde seus mais remotos tempos.

Contudo, essa noção era essencialmente mais individualista, fruto da constituição bruta mais natural humanamente falando, nem sempre foi garantido o acúmulo necessário de determinados recursos para os já evidenciados períodos ora de escassez e ora necessidades específicas (como uma doença ou ferimento que se impossibilita o desempenho total humano). (HORVARTH JÚNIOR, 2012).

Nesse contexto, verificou-se a necessidade de ser adotadas, grosso modo, técnicas coletivas de proteção social, “nascendo” na sociedade os primórdios de grupos denominados mutualistas. Formados por indivíduos de interesses comuns, exigiam em contraparte contribuições regulares dentre seus associados como forma de resguardá-los de quaisquer infortúnios vindouros. É nessa construção histórica evolutiva que se acredita ser pautada a base para os contemporâneos sistemas sociais e privados de previdência. (IBRAHIM, 2016).

Conforme, Tavares (2003), em complementação as asserções anteriores, é indubitável que:

É da essência do ser humano a busca pela segurança. Animal despojado de mecanismos naturais de defesa, o homem encontrou na associação a principal forma

de superar suas limitações físicas em face dos riscos oferecidos pela natureza. Vivendo em comunidade, o esforço individual de trabalho teve aproveitamento melhor e abriu-se oportunidade de auxílio mútuo entre pessoas, com o intuito de garantir uma qualidade mínima de vida que, sozinhos, os seres mais fragilizados não obteriam. (TAVARES, 2003, p. 185).

Após essas explicações de ordem de momentos mais remotos da construção humana de autoproteção e mínimos entendimentos da necessidade do olhar porvir de acontecimentos e variáveis indesejáveis.

Tem-se muitos anos à frente um fato histórico que, também, contribui de forma significativa para o fundamento basilar dos aspectos principiológicos da seguridade coletiva, sendo ele a Revolução Industrial.

Revolução essa interpretada pela doutrina majoritária como um evento deflagrador de transformações do Estado Liberal (constituído na época) em um Estado de valores Sociais, caracterizando um período, em meados do século XVII e XVIII, embrionário no que se diria respeito aos denominados direitos sociais. Esse clima de revolução, inspirado a partir das ideias defendidas por pensadores como Karl Marx em seu Manifesto do Partido Comunista, logo se espalharam por todo o continente europeu, para corroborar o temor das classes dirigentes (ora burgueses e/ou nobres). (GLASENAPP, 2015).

Neste recorte temporal histórico de tensão, o governo alemão viu-se obrigado a tornar reconhecido alguns direitos dos trabalhadores a época, sendo destacado entre esses, o direito de bases fundamentais previdenciárias, como ferramenta apta a acalmar os ânimos insurgentes da classe trabalhadora em estado de revolta e euforia com as condições desumanas e desiguais as quais eram submetidas.

Steck e Morais (2008) afirmam que esse período, foi fundamental para estabelecer o alicerce não apenas do surgimento de alguns dos principais direitos fundamentais sociais, como, também, a o estabelecimento da consciência do bem-estar duradouro e futuro sendo resguardados pela figura do Estado como forma de contrapartida pelo uso da força de mão de obra humana. Em suas palavras:

A história desta passagem, de todos conhecida, vincula-se em especial na luta dos movimentos operários pela conquista de uma regulação para a convencionalmente chamada questão social. São os

direitos relativos às relações de produção e seus reflexos, como a previdência e assistência sociais, o transporte, a salubridade pública, a moradia etc., que vão impulsionar a passagem do Estado Mínimo – onde lhe cabia tão-só assegurar o não impedimento do livre desenvolvimento das relações sociais no âmbito do mercado – para o Estado intervencionista – que passa a assumir tarefas até então próprias à iniciativa privada. (STRECK; MORAIS, 2008, p. 149).

Por decorrência desse *status quo* de revolução instaurado, surgiu em meados de 1883 na Alemanha, a sistemática de seguro social denominada Bismarck, o precípua no que se diz respeito a estrita responsabilidade do Estado, considerado, majoritariamente, pela doutrina como um marco de início da constituição de uma previdência social (LAZZARI, 2012).

Algumas das características mais marcantes desse sistema eram o amparo exclusivo aos trabalhadores urbanos (logo excluindo os demais que não estivessem nesses meios mais urbanizados), a gestão do Estado, assim como, também, o modelo contributivo com uma fórmula tripartite de custeio, que englobavam os empregadores, trabalhadores, e o próprio Estado. De encontro a criticar essa sistemática, Glasenapp (2015) expôs que os recursos advinham dessas contribuições de ordens, praticamente, compulsórias por parte das empresas e consequentemente, também, dos trabalhadores urbanos, restavam ao governo, tão somente a responsabilidade de gestão correlacionada a arrecadar, fiscalizar e pagar os benefícios.

Esse tipo de modelo, em alguma medida, se assemelhara ao modelo inicialmente implementado no Brasil (no sentido de tornar o Estado um mero arrecadador/gestor dos fundos recolhidos de trabalhadores e empregadores até a distribuição e seus respectivos requisitos de enquadramento social). Mais a frente explicitará alguns dos marcos sociais-históricos mais importantes para a concretização de direitos básicos desta ordem, assim como, também, a sua exemplificação contextual no texto Constitucional de 1988.

A título de complementação as asserções anteriores sobre a um dos primeiros regimes de amparo previdenciário temos o pensador Ibrahim (2016) que afirma ser este sistema, responsável, por duas características principais das sistemáticas previdenciárias modernas,

sendo elas: a compulsoriedade de filiação (por parte tanto dos trabalhadores quanto empregadores) e a contributividade.

O conceito de Estado mínimo foi substituído pelo Estado de tamanho certo, (BONAVIDES, 1996) com vistas ao atendimento de outras demandas essenciais para sociedade, como, por exemplo, a previdência social, e sendo assim, propiciando ações em alta escala de proteção social. O que proporcionou uma equidade de oportunidades para todos, contudo, sem o “gigantismo” de um Estado nos termos mais correlatos ao Comunismo.

Nessa senda, Ibrahim (2016) em crítica, diz que:

o Estado do Bem-Estar Social surgiu muito mais como um contraponto necessário ao crescimento comunista, do que propriamente pela conscientização dos dirigentes mundiais pela importância da proteção social. (IBRAHIM, p. 4, 2016).

Em complemento ainda, a essas asserções pode-se entender o surgimento de uma fase inicial de amparo na qual variadas constituições estatais trouxeram consigo o zelo no que se diz respeito ao bem-estar de seus cidadãos, e passaram a concretizar em seus enunciados normativos os denominados direitos previdenciários, trabalhistas, sociais e econômicos. Uma exemplificação dessa materialização é a Constituição Mexicana de 1917, que previu em seu corpo textual que na tangente à indisponibilidade da responsabilidade dos empresários pelos moléstias e ou acidentes profissionais que acometeriam os trabalhadores (MARTINS, 2013).

Outro exemplar, seria a constituição alemã de Weimar de 1919, a qual foi referência, indubitavelmente, no que diz respeito a sistemática constitucionalista mundial. Cabendo nesta descrever, assim como Rocha (2004), o dispositivo 161 de seu texto que expõe a preocupação legislativa da época em relação a essas variáveis de necessidade de amparo constitucional: “O império promoverá a criação de um sistema geral de segurança social, para conservação da saúde e da capacidade para o trabalho, proteção da maternidade e prevenção de riscos de idade, da invalidez e das vicissitudes da vida”.

Os Estados Unidos, durante sua crise econômica de 1929 e a Grande Depressão, também, necessitaram de uma intervenção econômica dessa natureza amparacionista. Como um escape para a superação desses

períodos de enfraquecimento social, o presidente Franklin Roosevelt instituiu o *New deal*, que estabeleceu um conglomerado de políticas estatais para poderem gerar mais empregos e aumentar a renda, a fim de efetivamente combater a miséria que se paulatinamente se exacerbava (MARTINS, 2013).

Em se tratando do Brasil, o desenvolvimento do amparo social demonstrou algumas diferenças significativas, em face à evolução ocorrida nos demais países do globo. Esse fato tem como reflexo a própria construção histórica de nosso País, pois sempre restou poucos exemplos de participação popular democrática nos assuntos de governabilidade, e que, conseqüentemente, iniciou o processo de industrialização de forma muito tardia, em comparação às demais nações capitalistas europeias e até norte-americanas. (GLASENAPP, 2015). Rocha (2004), nesse sentido, afirma:

Enquanto a primeira revolução industrial estava na sua fase de maturação na Inglaterra (1820 a 1830), o Brasil acabara de promover a sua independência, deixando de ser colônia, mas permanecendo com uma economia arcaica baseada no latifúndio e no trabalho escravo. Por isto, antes de ingressar na era industrial, nosso País já apresentava contornos sociais marcados por desigualdades, em especial, uma distribuição de renda profundamente desigual. (ROCHA, 2004, p. 45).

Considerável parte da histórica do Brasil, o amparo social no Brasil seguiu as mesmas premissas idealizadas durante os movimentos liberais, limitando-se as intervenções estatais apenas a mera articulação “gestacional” de um sistema de natureza privada.

Retirando, neste meandro, o Estado de questões relativas ao trabalho e trabalhador, deixando a sociedade civil à sorte de estar apta para a atividade laboral para conseguir contribuir com um sistema capitalizado (TAVARES, 2003).

O legítimo grande salto no que diz respeito aos direitos sociais é notável com a Constituição Federal de 1988, inaugurando, em no cenário nacional, o conceito de Estado Democrático de Direito. Esse fato que venho a reconhecer a carta o título de Constituição cidadã, pelo seu aspecto social de inclusão e proteção dos mais necessitados, sobretudo, dirigente e compromissário.

Destacou-se que foi um marco histórico, não apenas pelo motivo do reconhecimento de direitos, mas, como na transição de um regime político ditatorial militar, rumo à repaginação em termos de democratização estatal e social (STRECK, 2004).

O artigo terceiro, da referida Constituição de 1988, designou pela primeira vez na história, alguns dos objetivos a serem alçados, basilarmente, pela nossa sociedade. Dentre eles: a garantia do desenvolvimento nacional, justa e solidária, assim como, também, a construção de uma sociedade livre, a erradicação da pobreza e da marginalização, a maior redução possível das desigualdades sociais e regionais e a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas outras de discriminação.

Tavares (2003) ainda complementa, sobre a idealização do principiologia de solidariedade, que:

A solidariedade é também um valor decorrente da dignidade que tempera os fundamentos do liberalismo, pois através dela, os homens passam a ser vistos segundo os relacionamentos intersubjetivos ao invés de entidades isoladas de autonomia. Isso tem efeito direto de reaproximar a sociedade do Estado, desfazendo a profunda cisão entre os dois na visão revolucionária burguesa do século XVIII e deixando de lado a figura do homem liberal egoísta e que pouco se importa com a realidade de escassez pela qual possam passar seus semelhantes. (TAVARES, 2003, p. 54).

Com a Carta Magna cidadã o sistema de amparo/proteção social passou por uma considerável mudança, implicando na alteração dos valores e na ampliação do alcance da proteção social no país.

O Brasil deixou de ser, meramente, um Estado de Providência, garantidor de proteção apenas aos trabalhadores, e se transformou em um Estado de Seguridade Social, nos termos de garantismo à proteção universal, dentro das mínimas sociais do necessário à digna existência humana (SARLET, 2012).

O pensador Balera (2004) explana nesse sentido que, para haver uma verdadeira compreensão da Seguridade Social, precipuamente se faz necessário (como já elencando anteriormente) vislumbrar a importância e o alcance dos valores objetivos do Bem-Estar Social e da justiça social,

bases essas que são o alicerce do Estado Brasileiro, pois, para este autor, a Seguridade seria o meio para atingir-se a justiça (*lato sensu*), que é o fim da ordem social, preceitos esses que ora são explanados nos artigos 193, 194 e 195 da Constituição Federal 1988, *in verbis*:

Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.

Art. 194. A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social.

Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos:

I - universalidade da cobertura e do atendimento;

II - uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais;

III - seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV - irredutibilidade do valor dos benefícios;

V - equidade na forma de participação no custeio;

VI - diversidade da base de financiamento;

VII - caráter democrático e descentralizado da gestão administrativa, com a participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados.

VII - caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite, com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados. (Redação dada pela Emenda Constitucional no 20, de 1998)

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais: [...] (BRASIL, 2023)

Ademais, com o surgimento do conceito de Bem-Estar Social (elencado anteriormente), as ações estatais modernas não se limitam mais, meramente, ao campo securitário, mas sim, se estenderam propiciando mais ações de grau elevado a outros segmentos da proteção social.

Nesse sentido, a seguridade social é contemporaneamente uma realidade reconhecida mundialmente. Apesar de propiciar a (re)distribuição de benefícios, jamais deve-se entendê-la como uma espécie de favor concedido pelo Estado. Ao contrário. Ela se caracteriza por ser um dos direitos a serem exigidos em sua plenitude por todos os membros da sociedade (daí o entendimento da utilização dos termos de universalidade e solidariedade).

Ainda, em relação à Previdência Social, se divide em dois os regimes previdenciários estabelecidos pela CF/1988, sendo eles: o geral e o próprio. Nos termos preceituados no dispositivo 201 da CF/1988 “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.” Portanto, o Regime Geral da Previdência Social é atualmente o grande contingente brasileiro, já que abarca a maioria maciça dos trabalhadores brasileiros, deixando, claro, que os servidores públicos e/ou militares estão vinculados aos seus regimes próprios (AMADO, 2016).

Por fim, entende-se que a mera normatização de um texto (nos termos constitucionais) não garante o exercício imediato de direitos, devendo ainda existir mecanismos jurídicos capazes de transformarem em realidade tais conteúdos da legislação.

Contudo, não se deve desprezar o fato de que a positivização, em si, exerce grande influência em nossa vida. O pensador Hesse (1998) afirmara que a Constituição não é apenas uma simples folha de papel, desvinculada totalmente da realidade histórica-social concreta, mas também, não é simplesmente condicionada por ela, necessitando existir uma “vontade de Constituição” nos variados campos da prática social (e consequentemente dos indivíduos, sobretudo, cidadãos como protagonistas da sua formulação e revisão).

Ressalta-se que para tanto, estão gravados no preâmbulo da nossa Carta Magna os valores que inspiraram a sua elaboração. Assegurando-nos, assim, o exercício dos direitos sociais, dentre outros existentes, como valor supremo da nossa sociedade.

3 PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL: 25 ANOS DE DESMONTES

A previdência social, como vimos, é um direito social e, como todos os direitos dessa espécie, é fruto de uma árdua e longa história de lutas e resistências da classe trabalhadora contra as constantes tentativas de desmonte por parte dos detentores do capital.

O capitalismo, como é consabido, é um sistema econômico expansionista que pressupõe o contínuo crescimento econômico para se manter viável. Dessa forma, é evidente que o cambaleio da previdência social é não só esperada e comemorada como induzida pelos capitalistas, que veem nesse vacilo uma excelente oportunidade de negócios para avançar com seus produtos e serviços sobre esse novo “mercado” – que ainda se encontra protegido, mesmo que de forma cada vez mais tímida e débil, por políticas sociais.

Um dos flancos que o capital tem investido é nas chamadas previdências “privadas”, que visam “complementar” os poucos valores pagos pela previdência social.

Conforme explica Granemann (2021) é um despropósito que se utilize a adjetivação previdência “privada” para designar produtos financeiros de instituições privadas que não guardam qualquer relação com a proteção social concretizada pela previdência social.

A referida autora aponta que a previdência privada é

[...] a um só tempo, um produto lucrativo para grandes capitais de comércio de dinheiro e um prestimoso instrumento econômico e político articulado pelo Estado burguês para a derrota dos direitos da classe trabalhadora e para transferir fundos antes públicos, diretamente, para a recolha e gestão dos grandes capitais. (GRANEMANN, 2021, p. 89-90)

Vale lembrar que o marco legal da previdência privada no Brasil foi instituído pela Lei n. 6.435/77. Granemann (2021) comenta que o período que precedeu a criação da referida lei foi marcado pela preocupação em estabelecer um “ambiente confortável e próspero ao surgimento e à expansão da ‘previdência privada’ em nosso país” (GRANEMANN, 2021, p. 97) ao mesmo tempo que uma série de medidas

econômicas, jurídico e políticas eram tomadas para pavimentar o caminho para a instalação desses fundos de pensão privados.

Segundo Cartaxo e Cabral (2021), as medidas neoliberais adotadas no Brasil a partir dos anos 90 impuseram um redimensionamento do Estado brasileiro marcado pelo desmonte das instituições e políticas públicas de proteção social, em uma fase do capitalismo em que a atividade financeira passa a ter uma influência cada vez maior nas economias. Essa situação traz consigo, uma disputa de interesses, em que os detentores do capital buscam, de toda forma, acesso aos recursos públicos para financiar sua expansão.

As constantes reformas e reestruturações que previdência social tem sofrido em ao longo dos anos refletem essa lógica de supervalorização do capital, em que a busca desenfreada pelo acúmulo de capital e aumento dos lucros preponderam sobre os valores do Estado Democrático de Direito, subvertendo princípios, como o de justiça social e da solidariedade, e aniquilando, por consequência, direitos sociais e as políticas públicas correlatas.

As inevitáveis crises estruturais do capitalismo (MÉSZÁROS, 2000, 2001), no seu atual estágio de desenvolvimento, não será resolvido com “[...] os mecanismos de expansão econômica já utilizados, [mas] buscará atingir o trabalho e o seu sistema de proteção social – a previdência.” (CARTAXO, CABRAL, 2021, p. 53).

Nesse contexto, os detentores do capital, representados pelas entidades de previdência complementar e fundos de pensões privados, articulam seus interesses de modo a promover o contínuo desmonte da previdência social e fomenta, por sua vez, a demanda maciça pela previdência complementar.

Granemann (2006, p. 5), no mesmo sentido, alerta que:

[...] para que a “previdência privada” logre ter sucesso, a previdência social – sem rodeios, pública e por repartição – deve ser amputada, reformada, reduzida a uma política mínima para os mais pobres dentre os trabalhadores que possuem vínculo empregatício.

Dessa feita, a destruição da previdência social é uma estratégia patrocinada pelos detentores do capital, para os quais os contínuos “déficits” constituem a principal justificativa para o seu

desmantelamento, efetivado paulatinamente através das sucessivas reformas.

Todavia, diversos estudos apontam que tal argumento é falacioso, que não considera as desonerações e renúncias e tampouco as perdas com a sonegação das contribuições previdenciárias. Portanto, o argumento propagado não passa de um embuste utilizado pelos líderes do capital para pressionar o Estado brasileiro a implementar as contínuas reformas da previdência social e docilizar a população enquanto surrupiam os seus direitos.

Como bem aponta Maria Lucia Fattorelli, Coordenadora Nacional da Auditoria Cidadã da Dívida:

A simples existência do mecanismo da DRU (Desvinculação de Receitas da União) desde 1994 (na época com a denominação de Fundo Social de Emergência), comprova que sobram recursos na Seguridade Social. Se faltasse recurso, não haveria nada para desvincular, evidentemente. (FATTORELLI, 2019)

Nesse cenário diversas medidas foram instituídas e implementadas sob o pretexto de reduzir o déficit e “proteger” a previdência social, obviamente em detrimento daqueles que dela necessitam.

Nos atendo apenas as mudanças efetuadas na previdência social após a promulgação da Constituição Federal de 1988, podemos perceber que as reformas aprovadas desde então significaram, na sua imensa maioria, em prejuízos aos direitos dos segurados.

A primeira grande reforma da previdência social ocorreu com a Emenda Constitucional nº 20, de 1998, a qual alterou profundamente o Regime Geral da Previdência Social (RGPS) instituído até então, e trouxe algumas mudanças ao Regime Próprio de Previdência Social (RPPS).

Dentre as alterações trazidas pela Emenda Constitucional nº 20/1998 (EC nº 20/1998) podemos citar como principais: a extinção da aposentadoria por tempo de serviço; o fim da aposentadoria proporcional como regra no RGPS; a introdução do fator previdenciário no cálculo para o estabelecimento do valor da aposentadoria no RGPS; a instituição de novas regras para a aposentadoria de trabalhadores expostos em atividades prejudiciais à saúde ou à integridade física; o estabelecimento

de idade mínima para aposentadoria dos servidores públicos; a possibilidade de limitação do teto remuneratório da cobertura do RPPS ao teto da RGPS, desde que os entes instituíam fundo de aposentaria e pensão para os seus servidores, e a vinculação das contribuições de empregados e empregadores incidentes sobre a folha de salários exclusivamente ao pagamento de benefícios previdenciários. (BRASIL, 1998).

A partir de então, o tempo de contribuição para a previdência social passou a ser um pré-requisito para que o segurado possa requerer a aposentadoria, prevendo 35 anos de contribuição para os homens e 30 anos de contribuição para as mulheres. Além disso, a reforma instituída pela EC nº 20/1998 acabou com a aposentadoria proporcional como regra. Obviamente, para resfriar o debate e possibilitar a aprovação da emenda, foram previstas regras de transição para aqueles já filiados ao regime da previdência social (BRASIL, 1998).

Além disso, como dito alhures, a EC nº 20/1998 introduziu o fator previdenciário como regra no cálculo das aposentadorias do RGPS, o qual foi regulamentado pela Lei nº 9.876/99, que procedeu as alterações necessárias na legislação previdenciária para implementá-lo como regra no cálculo do valor das aposentadorias pagas pela Previdência Social (BRASIL, 1998; BRASIL 1999)

Como aponta Pacheco Filho e Winckler (2004, p. 163), essas alterações ocasionaram um aumento na média de idade dos aposentados que “entre 1998 e 1999 subiu de 48,9 anos para 52,0 anos”. Segundo os referidos autores, em 2000 a idade média para aposentadoria tinha subido para 54,5 anos. Além disso, informam que com a reforma procedida pela a EC nº 20/1998 “[...] o valor médio real das aposentadorias por tempo de contribuição, que baixou de R\$ 913,24 em 1999 para R\$ 885,63 em 2003 [...]” (PACHECO FILHO; WINCKLER, 2004, p. 163).

Por sua vez, a reforma da previdência procedida pela Emenda Constitucional nº 41/2003 (EC nº 41/2003) foi empreendida com foco nos servidores públicos. A EC nº 41/2003 extinguiu a aposentadoria com paridade e integralidade de proventos para os servidores que ingressaram no serviço público até a data de publicação da Emenda (BRASIL, 2003).

A referida reforma introduziu a contribuição de 11% (onze por cento) sobre os proventos percebidos a título de aposentadorias e pensões concedidas pelo RPPS “que superem o limite máximo estabelecido para os benefícios do regime geral de previdência social de que trata o art. 201,

com percentual igual ao estabelecido para os servidores titulares de cargos efetivos.” (BRASIL, 2003).

Ademais, extinguiu-se a aposentadoria proporcional para servidores públicos, que somente poderá ser concedida àqueles servidores que tenham adquirido o direito a aposentar-se até a data de publicação da Emenda Constitucional nº 41/2003, isto é, 31 de dezembro de 2003 (BRASIL, 2003).

Além disso, introduziu limites aos valores pagos a título de pensão por morte e instituiu o abono permanência, incentivo equivalente ao valor da contribuição previdenciária devida pelo servidor público que, podendo se aposentar voluntariamente, opte por continuar em atividade (BRASIL, 2003).

A instituição do regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo pela Lei nº 12.618/2012 possibilitou que fosse aplicado o teto do RGPS a todos os servidores que ingressaram após 1º de maio de 2012, independente de aderirem ao plano de benefícios complementar. A lei facultou aos servidores que ingressaram em data anterior ao regime de previdência complementar a possibilidade de aderir ao novo regime através de manifestação expressa, além de instituir uma série de regramentos para regular as transições para essa nova modalidade de aposentadoria complementar (BRASIL, 2022).

Em 2015, uma nova reforma da previdência foi instituída pela Lei nº 13.183/2015, a qual estabeleceu a fórmula 85/95. A mencionada fórmula permitia que o segurado que tivesse preenchido o requisito de tempo de contribuição para aposentadoria pudesse afastar a incidência do fator previdenciário quando o somatório da sua idade com o tempo mínimo de contribuição resultasse igual ou maior que 85 para as mulheres (desde que observado o tempo mínimo de contribuição de trinta anos) ou 95 para os homens (desde que observado o tempo mínimo de contribuição de trinta e cinco anos) (BRASIL, 2015).

Vale observar que a lei estabelecia que essa fórmula seria majorada ao longo do tempo, prevendo que em 31 de dezembro de 2026 o somatório necessário para a aposentadoria seria de 90 pontos para as mulheres e 100 pontos para os homens (BRASIL, 2015).

Por fim, abordamos os principais pontos da última reforma da previdência social, concretizada por meio da Emenda Constitucional nº 103/2019 (EC nº 103/2019). Diversos foram os dispositivos que buscaram

dificultar e restringir o acesso aos benefícios previdenciários. A reforma procedida pela EC nº 103/2019 estabeleceu, dentro outros, a idade mínima para a aposentadoria para homens (65 anos) e mulheres (62 anos) e tempo mínimo de contribuição para homens (20 anos) e para mulheres (15 anos) (BRASIL, 2019).

No caso dos servidores públicos, além da idade mínima para homens (65 anos) e mulheres (62 anos), também foi instituído o mínimo de 25 anos de contribuição, com pelo menos, 10 anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria (BRASIL, 2019).

Além disso, a alíquota de contribuição dos servidores públicos federais foi majorada de 11% para 14%, podendo ser reduzida ou aumentada em até oito pontos percentuais a depender do valor percebido pelo servidor como remuneração (BRASIL, 2019).

Em ambos os casos, RGPS ou RPPS, a aposentadoria integral, via de regra, só será concedida em casos em que o beneficiário complete 40 anos de contribuição. Ademais, as pensões por morte, em regra, são limitadas a 60% do valor do benefício percebido pelo falecido (BRASIL, 2019).

No caso de incapacidade permanente a aposentadoria corresponderá a 60% da média aritmética apurada conforme a lei, acrescida de 2% a cada ano que ultrapassar o tempo de 20 anos de contribuição. Somente em caso de incapacidade decorrente de acidente do trabalho a aposentadoria corresponderá a 100% da média aritmética definida no caput e no § 1º do art. 26 da Emenda Constitucional no. 103/2019 (BRASIL, 2019).

Podemos ainda salientar que a aposentadoria especial – aquela em que é concedida aos segurados que trabalham expostos a agentes nocivos à saúde – na reforma previdenciária implementada pela EC no. 103/2019, também passou a ter a fixação de idade mínima para que o segurado possa gozar desse benefício (BRASIL, 2019).

Importante salientar que a solução encontrada por todas essas reformas e alterações da previdência, ocorridas em 1998, 2003, 2012, 2015 e 2019 consistem sempre no aumento da restrição ao acesso e na redução dos benefícios previdenciários, tidos publicamente como privilégios excessivos e não como expressão do justo exercício de um importantíssimo direito social.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A história da previdência social é um relato de lutas que remontam a sua própria origem, as políticas públicas e os direitos sociais sempre foram açoitados por todo tipo de ataques.

As reformas da previdência, todas elas, não parecem, minimamente, preocupar-se com o bem-estar dos indivíduos que dela dependem, cada reforma cria mais obstáculos para acessar os benefícios, ao mesmo tempo que torna mais minguado os valores das aposentadorias e pensões.

Em um Estado Democrático de Direito, em que a dignidade da pessoa humana é um princípio basilar, as políticas públicas, que tem por princípio a solidariedade, devem assegurar que os indivíduos, depois de passarem anos trabalhando, não sejam lançados, nos momentos de maior fragilidade – como quando acometidos por doenças e/ou velhice –, à miséria e a desproteção social.

O que vemos nesse cenário é que o desmonte da previdência social como um projeto, cujo discurso de insuficiência de recursos ou a inviabilidade do sistema não condizem com a verdadeira realidade. Não fossem as frequentes desonerações, as generosas renúncias fiscais e a condescendência com a sonegação das contribuições previdenciárias, as fontes de financiamento seriam certamente suficientes para custear as despesas atuais e futuras da previdência social.

Uma observação mais atenta evidencia nitidamente que essas sucessivas reformas visam destruir a previdência social, pois a sua total aniquilação é um propósito que só interessa e favorece as grandes corporações privadas, as quais endossam e patrocinam o permanente ataque ao seguro social.

A verdade é que o desmonte da previdência social traz consigo uma grande oportunidade para o mercado de capitais, pois o fortalecimento de um sistema de previdência complementar, a possibilidade de privatização do sistema previdenciário, ou mesmo o desvio desses recursos para o pagamento dos juros da dívida pública, dão a um mercado que vale bilhões de reais, cujo montante pode ser utilizado para alavancar o acúmulo de capitais e o lucro das corporações privadas.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMADO, Frederico. **Curso de direito e processo previdenciário**. 8. ed. Salvador: JusPodivm, 2016.

BALERA, Wagner. **Noções Preliminares de Direito Previdenciário**. São Paulo: Quartier Latin, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 1996.

BONAVIDES, Paulo. **Teoria do Estado**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 5 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998**. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Brasília DF: Presidência da República, [1998]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003**. Modifica os arts. 37, 40, 42, 48, 96, 149 e 201 da Constituição Federal, revoga o inciso IX do § 3 do art. 142 da Constituição Federal e dispositivos da Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2003]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc41.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. **Emenda Constitucional nº 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.876, de 26 de novembro de 1999. Dispõe sobre a contribuição previdenciária do contribuinte individual, o cálculo do benefício, altera dispositivos das Leis nos 8.212 e 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1999]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/19876.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012. Institui o regime de previdência complementar para os servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, inclusive os membros dos órgãos que menciona; fixa o limite máximo para a concessão de aposentadorias e pensões pelo regime de previdência de que trata o art. 40 da Constituição Federal; autoriza a criação de 3 (três) entidades fechadas de previdência complementar, denominadas Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Executivo (Funpresp-Exe), Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Legislativo (Funpresp-Leg) e Fundação de Previdência Complementar do Servidor Público Federal do Poder Judiciário (Funpresp-Jud); altera dispositivos da Lei nº 10.887, de 18 de junho de 2004; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2012]. Disponível em:

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/112618.htm#capitulo1. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRASIL. Lei nº 13.183, de 4 de novembro de 2015. Convertida da Medida Provisória nº 676, de 2015 Vigência Altera as Leis nº s 8.212, de 24 de julho de 1991, e 8.213, de 24 de julho de 1991, para tratar da associação do segurado especial em cooperativa de crédito rural e, ainda essa última, para atualizar o rol de dependentes, estabelecer regra de não incidência do fator previdenciário, regras de pensão por morte e de empréstimo consignado, a Lei nº 10.779, de 25 de novembro de 2003, para assegurar pagamento do seguro-defeso para familiar que exerça atividade de apoio à pesca, a Lei nº 12.618, de 30 de abril de 2012, para estabelecer regra de inscrição no regime de previdência complementar dos servidores públicos federais titulares de cargo efetivo, a Lei nº 10.820, de 17 de dezembro de 2003, para dispor sobre o pagamento de empréstimos realizados por participantes e assistidos com entidades

fechadas e abertas de previdência complementar e a Lei nº 7.998, de 11 de janeiro de 1990; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [2015]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113183.htm. Acesso em: 10 jan. 2023.

BRETTAS, Tatiana. Os interesses por trás da falácia do déficit da Previdência. **Intervozes**: trabalho, saúde, cultura, Petrópolis, v. 3, n. 2, p. 119-122, nov. 2018. Disponível em: https://fmpfase.edu.br/Intervozes/Content/pdf/Debate/03_02/DEBATE%20-%20Os%20Interesses.pdf. Acesso em: 9 jan. 2023.

CARTAXO, Ana Maria Baima; CABRAL, Maria do Socorro Reis. A crise contemporânea brasileira e a contrarreforma previdenciária: a destruição da previdência social pública. *In*: CARTAXO, Ana Maria Baima; CABRAL, Maria do Socorro Reis (org.). **Seguridade social, previdência e serviço social**: Desafios do tempo presente. São Paulo: Cortez, 2021. cap. 2, p. 49-66. ISBN 978-65-5555-099-3.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 14. ed. Florianópolis: Conceito Editorial, 2012.

ESPÍRITO SANTO, Marcos Henrique; MENDES, Áquilas Nogueira. O fundo público e o capital portador de juros: o papel da dívida pública brasileiro capitalismo contemporâneo. **Revista Pesquisa & Debate**, São Paulo, v. 27, n. 49, ed. 1, p. 25-44, mar. 2016. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/rpe/article/download/23037/19254/71366>. Acesso em: 7 jan. 2023.

FAGNANI, Eduardo. O “déficit” da Previdência e a posição dos Juristas. **Texto para discussão**, Campinas, n. 305, p. 1-28, jun. 2017. Disponível em: <https://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/3534/TD305.pdf>. Acesso em: 10 jan. 2023.

FATTORELLI, Maria Lucia. O ‘déficit’ da Previdência é fake. *In*: **Monitor Mercantil**. [S. l.], 9 jan. 2019. Disponível em: <https://monitormercantil.com.br/o-d-ficit-da-previd-ncia-fake/>. Acesso em: 10 jan. 2023.

GLASENAPP, Ricardo Bernd. **Direito Previdenciário**. Coleção bibliografia Universitária Pearson. São Paulo: Pearson Education do Brasil, 2015.

GRANEMANN, Sara. Fundos de pensão e a metamorfose do "salário em capital". In: SALVADOR, Evilasio; BEHRING, Elaine; BOSCHETTI, Ivanete; GRANEMANN, Sara. **Financeirização, fundo público e política social**. São Paulo: Cortez, 2015. p. 243-260. Disponível em: <http://www.unirio.br/cchs/ess/Members/giselle.silva/politica-social-e-seguridade-no-brasil/textos/previdencia-texto-8-granemann-fundo-publico>. Acesso em: 8 jan. 2023.

GRANEMANN, Sara. **Para uma interpretação marxista da previdência privada**. Orientador: José Paulo Netto. 2006. Tese (Doutorado em Serviço Social) - Programa de Pós-graduação em Serviço Social da Escola de Serviço Social da Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2006. Disponível em: http://www.dominiopublico.gov.br/pesquisa/DetalheObraDownload.do?select_action=&co_obra=35589&co_midia=2. Acesso em: 9 jan. 2023.

GRANEMANN, Sara. Políticas Sociais e Financeirização dos Direitos do Trabalho. **Em Pauta**, Rio de Janeiro, n. 20, p. 57-68, 2007. Disponível em: <https://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/revistaempauta/article/viewFile/159/184>. Acesso em: 9 jan. 2023.

GRANEMANN, Sara. "Previdência privada: Produto e instrumento da acumulação de capitais. In: CARTAXO, Ana Maria Baima; CABRAL, Maria do Socorro Reis (orgs.). **Seguridade social, previdência e serviço social: desafios do tempo presente**. São Paulo: Cortez, 2021. cap. 4, p. 85-106.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**. Trad. Luis Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris, 1998.

IBRAHIM, Fábio Zambitte. **Curso de Direito Previdenciário**. 22. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2016.

LEITE, Celso Barroso. **Um século de Previdência Social**. Rio de Janeiro: Editores Zahar, 1983.

MARQUES, Rosa Maria; MENDES, Áquilas. O governo Lula e a contra-reforma previdenciária. **São Paulo em Perspectiva**, São Paulo, v. 18, n. 3, p. 3-15, set. 2004. DOI 10.1590/S0102-88392004000300002. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/spp/a/gXhgfrs34fbSjpnKz465BYH/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 4 jan. 2023.

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito da Seguridade Social**. 33. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MÉSZÁROS, István. A crise estrutural do capital. **Outubro**, Petrópolis, ed. 4, p. 7-15, 2000. Disponível em: <http://outubrorevista.com.br/wp-content/uploads/2015/02/Revista-Outubro-Edic%CC%A7a%CC%83o-4-Artigo-02.pdf>. Acesso em: 9 jan. 2023.

NAKAHODO, Sidney Nakao; SAVOIA, José Roberto. A reforma da previdência no Brasil: estudo comparativo dos governos Fernando Henrique Cardoso e Lula. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, Brasília, v. 23, n. 66, fev. 2008. DOI 10.1590/S0102-69092008000100003. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rbcsoc/a/48Fr7JDMlZ3j4sHwHnn9c5H/?format=pdf&lang=pt>. Acesso em: 6 jan. 2023.

PACHECO FILHO, Calino; WINCKLER, Carlos Roberto. Reforma da Previdência: o ajuste no Regime Geral de Previdência Social. **Indicadores Econômicos FEE**, Porto Alegre, v. 32, n. 3, p. 151-176, nov. 2004. Disponível em: [https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/viewFile/425/655#:~:text=Em%201998%2C%20foi%20aprovada%20a,\)%2C%20previsto%20para%20os%20servidores](https://revistas.planejamento.rs.gov.br/index.php/indicadores/article/viewFile/425/655#:~:text=Em%201998%2C%20foi%20aprovada%20a,)%2C%20previsto%20para%20os%20servidores). Acesso em: 5 jan. 2023.

ROCHA, Daniel Machado da. **O direito fundamental à previdência social na perspectiva dos princípios constitucionais do sistema previdenciário brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luis Bolzan de. **Ciência Política e Teoria do Estado**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Previdência e Assistência Social: Legitimação e Fundamentação Constitucional Brasileira**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2003.

REFLEXOS DA AMBIVALÊNCIA ENTRE ESTADO E SOCIEDADE SOBRE A POBREZA

Luiz Pereira Das Neves Neto³³
Rafaella Fernandes de Mattos³⁴

Resumo

O presente artigo busca problematizar os reflexos da ambivalência entre o Estado e a sociedade sobre a pobreza, entendida como um fenômeno econômico, social e político que demanda intervenção estatal. Por exercerem influências recíprocas, Estado e sociedade precisam ser compreendidos de forma conjunta para permitir a identificação dos aspectos positivos e negativos das respectivas atuações. Como forma de enfrentar o problema estrutural da pobreza, presente desde a sociedade pré-industrial e persistente na sociedade globalizada, conclui-se pela necessária elaboração e implementação de políticas públicas assistenciais. Para realizar a pesquisa utilizou-se o método dedutivo e as técnicas bibliográfica e documental.

Palavras-chave: Ambivalência; Estado; Sociedade; Pobreza; Políticas públicas assistenciais.

REFLECTIONS OF THE AMBIVALENCE BETWEEN THE STATE AND SOCIETY ON POVERTY

Abstract

This article seeks to problematize the reflections of the ambivalence between the State and society on poverty, understood as an economic, social and political phenomenon that demands state intervention. Exercising reciprocal influences, State and society need to be understood together so that it is possible to identify the positive and negative aspects of the respective actions. As a way of facing the structural problem of poverty, present in all social periods, it is concluded that the elaboration and implementation of public

³³ Graduado. Bacharel em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande (2021), Especialista em Direito Civil e Direito Trabalhista pelo Centro Universitário Leonardo da Vinci – UNIASSELVI (2022) e Pós-Graduando em Docência em Ensino Superior. Mestrando em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande-FURG (2022).

³⁴ Advogada. Graduada em Direito pela Faculdade Anhanguera do Rio Grande (2013). Pós-graduada em Direito Processual Civil pela Universidade Anhanguera Uniderp (2015) e em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica de Pelotas (2020). Mestranda em Direito e Justiça Social pela Universidade Federal do Rio Grande/FURG.

assistance policies is urgent. To carry out the research, the deductive method and the bibliographical and documental techniques were used.

Keywords: Ambivalence; State; Society; Poverty; Assistance public policies.

1 INTRODUÇÃO

Estado e sociedade apresentam uma relação ambivalente de influências recíprocas que não permite compreendê-los separadamente. Ainda que a sociedade tenha surgido historicamente primeiro, o Estado como decorrência da evolução desta tornou-se uma instância política que monopoliza a coerção e subestima as resistências sociais organizadas. Dentre os diversos que reflexos positivos e negativos causados por esta ambivalência, a pobreza é um fenômeno que esteve presente em todos os momentos da história, cujo enfrentamento se torna a cada dia um desafio maior tanto para o Estado quanto para a sociedade.

O presente artigo, dividido em duas partes, busca enfrentar a seguinte problemática: quais os reflexos da ambivalência entre Estado e sociedade na consolidação da pobreza como uma característica estrutural? Para tanto, o primeiro capítulo passa pela compreensão de como o Estado se forma, pelos principais pensamentos teóricos construídos a respeito do tema, dos governantes e de suas relações e limitações dentro do conceito histórico-social que os influenciou. Ao chegar na distinção entre Estado e sociedade, o estudo aborda concepções jusnaturalistas e contratualistas, sendo as últimas responsáveis por entendê-los como os resultados de um contrato social indispensável à civilização, cujas ações refletem diretamente na pobreza.

O segundo capítulo aborda reflexões teóricas e conceituais sobre a pobreza como um problema social complexo e abrangente, que atinge todas as esferas da vida dos indivíduos que a enfrentam e exige a atuação estatal. A partir de explicações gerais e expressões tipológicas, busca-se compreender a pobreza no tempo e no espaço para, posteriormente, analisar a evolução histórica do fenômeno no Brasil e evidenciar a importância da adoção de políticas públicas assistenciais. Metodologicamente, o estudo foi desenvolvido através do método de pesquisa dedutivo. Adotou-se as técnicas bibliográfica e documental para, a partir de obras clássicas, textos e dados relevantes, enfrentar a problemática proposta.

2 CONCEPÇÕES E REFLEXÕES BASILARES DOS CONSTRUCTOS DE ESTADO E SOCIEDADE

Primeiramente, neste capítulo serão apresentados conteúdos conceituais sobre Estado e sociedade, com vista à compreensão mais pormenorizada da política social como resultante da relação entre essas duas instâncias que, no dizer de Ianni, é de reciprocidade e antagonismo ao mesmo tempo, ou seja, evidencia uma relação indubitável de ambivalência (1986).

A referência a esse tipo de correlação ambivalente mútua indica, desde logo, que se está tratando em um primeiro momento de um processo histórico complexo e, conseqüentemente, irreduzível a generalizações. Indicando ademais que ambos os vetores têm particularidades e interesses precípuos, embora interdependentes, em alguma medida, e portanto, sem autonomia absoluta.

Aliás, isso quer dizer que não é possível falar da entidade Estado sem relacioná-lo à sociedade, e vice-versa, pois, onde quer que quaisquer deles façam-se presentes, um tem implicações no outro e ambos se influenciam mutuamente.

Contudo, apesar dessa constatação, cabe adiantar que o Estado nem sempre existiu e que ele é uma criatura da sociedade (IANNI, 1965). O Estado só se tornou uma instituição verdadeiramente política, com ascendência sobre as demais instituições, no século XVII, quando adquiriu persona própria, separada da persona do governante e de influências religiosas. O Estado se tornar uma figura individualista (do posto de vista institucional) se deve, principalmente, à ascensão de uma organização burocrática, assim como, ao relativo distanciamento do controle da sociedade civil (CREVELD, 2004).

Ademais, entender as configurações desse meandro relacionado a burocratização institucional da figura do Estado se torna essencial para entender os limites e fortalecimentos experienciados por este.

Nesse contexto, foi por via do fortalecimento da extensão da burocracia que houve, por exemplo, a demarcação de fronteiras territoriais, no interior das quais se tornou mais fácil recolher informações de todos os tipos, cobrar tributos e exercer a regulação institucional. Estes são alguns dos fatores que se mostraram constructos que alicerçam o Estado (em termos de autonomia e gestão integral).

Em complementação as asserções anteriores e, como consequência, a combinação de uma série de estruturas técnico-administrativas mais fortes com esses recursos garantidos por impostos possibilitou a criação e manutenção de forças armadas, como o “Auter ego” do aparelho repressivo do Estado que passou a ser o único dotado, normativamente, de poder coercitivo de última instância.

Tratou-se, esse poder (que hoje, mais do nunca, vem sendo colocado em xeque) do que o sociólogo Weber denominou de monopólio legal da violência, como um atributo característico das autoridades legitimadas e impeditivo da multiplicação de iniciativas privadas de autodefesa armada ou até mesmo da instauração de regimes de exceção (1973).

Mas tratou-se, também, do que Gramsci identificou como Estado restrito, ou sociedade política, indicando com essa categorização que, para além do uso da coerção, há outras ações do Estado que não requerem força, nem mesmo como ameaça (1916-1926).

Com isso, tal designação sugere que existe um lado não restritivo da ação estatal, que não pode ser confundida com o arbítrio dos governantes (antigamente vistos como representantes de Deus ou semelhantes) e nem encarado como um absorvedouro dos poderes, também legítimos, dos cidadãos.

Esse é o ponto diferencial da visão que, com base em Weber, percebe o Estado como uma instância contratualmente autossuficiente, rígida e racional na sua função monopolizadora de coerção que, no fundo, subestima as resistências organizadas da sociedade.

Nota-se, assim, partindo dessas duas interpretações discordantes, apresentadas como indicação preliminar da variedade de concepções de Estado, *vis-à-vis* a sociedade, que este é um tema controverso.

Para exemplificá-lo, numerosos esforços de elaborações teóricas foram empregados, no decorrer dos tempos, seja no eixo teológico (já que a maioria dos governantes da Antiguidade e da Idade Média atribuía o seu cargo a Deus), seja no eixo doutrinador, que discorria sobre relações de poder sem associá-las aos atos humanos.

É nessa esteira que teólogos do porte de Santo Agostinho e de seu discípulo São Tomás de Aquino, dentre outros, interpretavam que o governo não constituía um fato histórico construído pelos homens. A título de contraposição, ressalta-se que tal procedimento, porém, entrava em discordância com o pensamento do filósofo Aristóteles que em sua

obra “A Política”, associava o governo, indubitavelmente, aos atos humanos.

Revelando essa mesma incapacidade de distinguir governo e governante, situa-se o italiano Maquiavel (1469-1527), cujo conhecido livro denominado O Príncipe (1969), dedicado a Lorenzo Médici, o Moço, refere-se a um "novo príncipe" que, então, deveria contar com o seu próprio esforço para conquistar o poder e nele se manter. Entende-se que este seria um esforço burocrático e autoritário, no sentido de controle pelo medo e imposição de força, somados à manipulação da massa social por via de suas manobras que construíam um “estado de bem-estar”.

A obra de Maquiavel difere das obras dos demais autores precedentes, visto que ele não considerava o governante um enviado de Deus (como a instituição Igreja justificava) e nem que aquele deveria prestar contas a este. Da mesma forma, qualidades como piedade, temperança e clemência não eram, para Maquiavel, virtudes governamentais, pois estes sentimentos e condutas não permitiriam que o governante conseguisse fazer o necessário para manter-se no poder.

Nesse contexto, como mais tarde observariam os pensadores Hegel e Gramsci, a grande parcela de contribuição de Maquiavel, no que diz respeito ao constructo da figura governamental em contraste com a sociedade civil, foi a de estabelecer uma renovada moral própria do homem mundano – leia-se mais antropocêntrico – e não divino (GRUPPI, 1987).

Afinal, não se pode esquecer a realidade contextual da Itália daqueles tempos que, predominantemente, era governada por tiranos, os quais, além de não invocarem a Deus como justificativa para seus atos, usavam da força para se fazer obedecer. Daí a justeza desta famosa frase de Maquiavel:

Os homens têm menos escrúpulo de ofender quem se faz amar do que quem se faz temer, posto que a amizade é mantida por um vínculo de obrigação que, por serem os homens maus, é quebrado em cada oportunidade que a eles convenha; mas o temor é mantido por um medo de castigo que jamais se abandona (MAQUIAVEL, 1969, p. 102).

Porém, em que pese a preocupação com o Estado, não se pode afirmar que o autor elaborou uma teoria descritiva e/ou exemplificativa a

respeito dessa instituição e nem que tenha resolvido (ou ao menos tentado) a dificuldade teórica e política de demarcar as fronteiras entre o público e o privado.

O seu interesse não era, de fato, criar uma teoria do Estado, mas de entender como o Estado se forma. Ademais, esse seu esforço em traçar o perfil “assertivo” de um governante bem-sucedido – entendido como aquele que se mantém no poder e não necessariamente tem uma gestão nos termos democráticos como nos tempos contemporâneos – o impediu de separar o individual do institucional, podendo, assim, a sua obra ser incluída na lista dos manuais que ficaram conhecidos como "Espelhos para Príncipes" (CREVELD, p. 246).

A frente na linha cronológica do entendimento e construção da figura estatal, foi somente com Hobbes (1588-1679) e o seu *Leviatã*, no século XVII, que o Estado passou a ser verdadeiramente encarado como uma entidade artificial (e não natural) e, por consequência, separado tanto da pessoa do governante/líder quanto da função de governo.

Mas oportuno ressaltar que, antes disso, Hobbes teve o seu caminho pavimentado por Bodin (1530-1596), que, de forma vanguardista, rompeu com essa tradição das explicações teológicas e com os manuais de "Espelhos para Príncipes", ensaiando uma teoria do Estado unitário, referenciada nos contextos do caso francês.

Apesar de até o momento elucidarmos brevemente os principais pensamentos construídos sobre o que é o Estado, o que é o governante e quais são suas inter-relações e limitações, não se pode esquecer que o contexto histórico-social influenciou diretamente nessas interpretações/percepções. E nesse sentido, tanto a figura do autoritarismo para Maquiavel, quanto do teologismo para a Igreja, em seus determinados recortes temporais, não somente faziam sentido, como eram indubitáveis ao servir para o constructo do meio de controle e distinção entre Estado e Sociedade.

Bodin também notou a existência de algo que, na falta de melhor denominação, reconheceu como *res publica*, inspirado em Cícero, para designação da comunidade de pessoas sob o império da lei.

Tem-se, nesses termos, uma primeira teorização da autonomia e da soberania do Estado, que finalmente via-se livre da identificação com a pessoa do soberano, com os desígnios de Deus e com virtudes (ou desvirtudes maquiavélicas) emblemáticas.

Mas ressalta-se que, apesar de falar em direito e em *res publica*, nem tudo em Bodin era favorável à constituição da cidadania. O autor desenvolveu uma concepção de Estado e de política, contida nos seis tomos sobre a república (*Six livres de la république*), a partir de uma visão autoritária.

Para Bodin, o elemento central do Estado era o poder (e não o território e o povo), que deveria ser exercido com severidade, permitindo-nos revisitar a essência do Estado como figura autoritária, mesmo que construído através de regras comuns pelas quais toda a sociedade estaria submetida.

Essa teorização não enfrentou o cerne da questão da manutenção do governante no poder no decurso do tempo, solucionada, no final da Idade Média, pela doutrina dos dois corpos, segundo a qual, semelhante a Deus, com três *personas* em uma só – Pai, Filho e Espírito Santo –, o soberano teria dois corpos — um físico (perceível) e outro místico (*corpus mysticum*), eterno e transmitido por sucessão (principalmente pelos seus feitos em exercício).

Ademais, a partir das investidas teóricas de Bodin, outros tantos autores políticos tomaram o Estado como objeto de interesse precípuo. Um deles, como já exposto, foi Thomas Hobbes, cujo maior mérito foi o de perceber essa instância de constructo organizacional como algo artificial, construído pelos homens, e separado tanto da figura do governante como dos governados.

Esmiuçado — nesta breve revisitação aos primeiros autores políticos — o ponto no qual o Estado foi teoricamente demarcado fora dos contornos da religião e de variados manuais de aconselhamento aos príncipes, torna-se mais fácil, como se fará a seguir, a análise de conceitos basilares das formas de organização do Estado e da sociedade, sem abdicar, é claro, das contribuições teóricas adicionais que se fizerem necessárias.

Como já visto, o conceito de Estado é complexo e amplo em determinados contextos históricos-sociais, existindo considerável discordância sobre a sua caracterização. Alguns autores afirmam que não há concepções divergentes ou rivais na sua definição. Outros, ao contrário, afirmam que definir o Estado é tarefa quase inalcançável, porque ele é constituído por vários aspectos que, ao serem considerados ou não, podem alterar uma possível definição.

A título de exemplo, Potyara Pereira, em seu livro *Política Social – temas e questões* 2ª edição, afirma que há duas categorias de autores/pensadores, sendo a primeira dos que afirmam a possibilidade de concordância na definição do Estado e ressaltam a presença constante de quatro elementos que o constituem, são eles:

a) Um conjunto de instituições e prerrogativas, dentre as quais o poder coercitivo, que só o Estado possui por delegação da própria sociedade; b) O território, isto é, um espaço geograficamente delimitado onde o poder estatal é exercido. Muitos denominam esse território de sociedade, ressaltando a sua inescapável relação com o Estado, embora este mantenha relações com outras sociedades, para além do seu território; c) Uma máquina burocrática capaz de administrar as instituições e as políticas governamentais; arrecadar e gerir recursos; zelar pela ordem pública interna e externa; imprimir e assegurar o desenvolvimento econômico; realizar estudos, pesquisas e construir dados estatísticos (não por acaso a palavra estatística provém de Estado) cada vez mais precisos sobre eficiência e eficácia das ações estatais; d) Um conjunto de condutas e comportamentos gerais e previsíveis regulados pela máquina burocrática do Estado dentro de seu território, o que ajuda a criar e manter uma cultura política comum a todos os que fazem parte da comunidade nacional ou do que muitos chamam de nação (POTYARA, 2009, p. 142).

A presença desses aspectos, entretanto, tem um caráter mais idealista do que realista. Pois na prática, os Estados têm grandes dificuldades para exercer o poder, aplicar regras, regular a sociedade e controlar a entrada de possíveis elementos externos indesejáveis no seu território. Portanto, mesmo havendo concordância quanto à definição, a existência do Estado não é essencialmente tranquila, assim como não são as ligações deste com os elementos constitutivos que o tornam homogêneo para estar devidamente organizado no engendro necessário do bem-estar social.

Para contrapor essas asserções e linha de pensamento acerca das conceituações e elementos constituintes basilares do Estado, Potyara afirma que:

Por outro lado, os que dizem ser difícil definir o Estado apresentam argumentos como estes: a) Há diferentes entendimentos a respeito de certas noções de Estado. Ex.: i) Estado de Direito significa o quê? Que há uma organização política ideal ou uma prática de governo não totalitária? ii) O que vem a ser Estado Liberal? Trata-se de um Estado progressista ou conservador? iii) E o que quer dizer Estado Social ou de Bem-Estar? Que ele produz efetivamente bem-estar a todos os cidadãos que vivem sob a sua jurisdição? b) O Estado pode assumir forma política e historicamente definida. Não há um padrão estatal imutável e absoluto. Seu aparecimento está associado a certas épocas e circunstâncias, que são situadas e datadas. Por isso, o seu desaparecimento, ou substituição, ocorrerá quando essas circunstâncias históricas desaparecerem. Isso indica que é necessário distinguir o tipo de Estado a que historicamente se faz referência: feudal, burguês, socialista. c) A definição de Estado o associa aos seus órgãos ou elementos constitutivos e, às vezes, os confunde. Para uns, Estado e governo são a mesma coisa. Para outros, o Estado se identifica com a burocracia ou com a justiça. Há os que perguntam: Que relações esses órgãos especializados mantêm entre si? Ou, que relações o Estado mantêm com a sociedade? E, ainda: O Estado é apenas um aparelho repressivo ou também pode ter funções protetoras? (2009, p. 143)

Nesse contexto de asserções, conclui-se que, tendo em vista a complexidade conteudista para conceituar reflexivamente o Estado, é necessário evitar tratá-lo de forma generalista e/ou linearmente e de forma parcial e/ou estereotipada, como quando se afirma que ele estará sempre voltado para o bem comum, que existe para servir a uma única classe dominante, como a burguesia, por exemplo, ou ainda que ele é o mais gélido de todos os monstros, como afirma Nietzsche.

Nas palavras de Ianni, tão necessário e difícil é saber o que é e quais elementos compõem e exemplificam a figura do Estado, em contrapartida, mais fácil é saber o que ele não é: “Uma entidade desgarrada (ou equidistante) da sociedade; A única força organizada e auto-suficiente no contexto da vida social; Um instrumento exclusivo da classe dominante” (1986, p. 46).

A partir destas reflexões, não há como eximir-se de tratar das conceituações basilares do que pode ser identificado como sociedade. Pois de forma dialógica com o Estado, ambos se relacionam em termos de causa e efeito.

Trata-se, também, a sociedade de um conceito complexo. Primeiramente, é necessário deixar de lado vários significados vazios e/ou generalistas, como os que a identificam ora como a totalidade dos seres humanos em um determinado território específico, ora como o oposto de indivíduo e/ou individual de comunidade — tendo esta uma conotação valorativa mais positiva. Enfocar-se-á a sociedade na relação de reciprocidade e de antagonismo com o Estado, tal como se procedeu de forma inversa anteriormente.

O ponto alto basilar dessa opção é que ela não endossa e/ou aceita o pensamento que prega a separação entre indivíduo *versus* sociedade, como se esta fosse um somatório de pessoas particulares ou uma entidade supraindividual, pois parte-se do princípio de que a sociedade é muito mais do que a mera soma de indivíduos e que qualquer atividade humana, mesmo individual, é social.

Contudo, ao eger como objeto de análise a relação dialógica entre Estado e sociedade para compreender o significado desta, faz-se necessário trabalhar mais especificamente com o conceito de sociedade civil, tal como entendido por Gramsci (1891-1937), um dos maiores pensadores sociais, de filiação marxista, sobre a temática.

Nessa senda, antes de adentrar na exposição descritiva da interpretação de Gramsci para o conceito de sociedade civil, temos de entender historicamente o constructo de interpretação basilar dos jusnaturalistas.

Os jusnaturalistas modernos, grosso modo, interpretavam a sociedade civil – organizada, institucionalizada – por oposição à sociedade natural – espontânea, anárquica, primitiva – e, por isso, conferiam à primeira um sentido idêntico ao de sociedade política, de Estado, já que este estava incluído na sociedade civil.

Mas este significado foi posteriormente contra-argumentado. Para Rousseau, sociedade civil era sinônimo de sociedade civilizada e não de sociedade política. Porém, no seu entendimento, o termo "civilizado" tem conotação negativa e de má-influência (em termos de constructos sociais).

Pelo contrário de Thomas Hobbes, que considerava o "homem como lobo do homem" quando deixado em estado primitivo, Rousseau compreendia que a civilização instrumentalizaria essa possibilidade, pois nela havia um estado de "guerra permanente".

Assim, enquanto para Hobbes e para Locke a sociedade civil era civilizada por ser política, para Rousseau a sociedade civil era civilizada (e cheia de banditismos, explorações, defeitos, usurpações) porque ainda não era política.

Tem-se, assim, uma síntese dos pensamentos dos principais autores políticos, conhecidos como contratualistas, que concebem tanto a figura do Estado (Hobbes, Locke) quanto da sociedade (Locke, Rousseau) como resultados de um contrato social imprescindível ao convívio humano civilizado.

Oportuno se faz expor que o pensamento de Gramsci, através do olhar interpretativo de Coutinho, faz clara diferenciação entre sociedade civil e sociedade política. Para o autor, sociedade civil

É o conjunto das instituições responsáveis pela representação dos interesses de diferentes grupos sociais, bem como pela elaboração e/ou difusão de valores simbólicos, de ideologias, compreendendo o sistema escolar, os partidos políticos, as igrejas, as organizações profissionais, os sindicatos, os meios de comunicação, as instituições de caráter científico e artístico (1996, p. 54).

Nesse contexto, a classe dominante buscaria ganhar aliados para os seus projetos por via da direção e do consenso, tendo como base material os aparelhamentos privados de hegemonia. Já a sociedade política,

É o conjunto de aparelhos por meio dos quais a classe dominante detém ou exerce o monopólio legal ou de fato da violência; trata-se, portanto, dos aparelhos coercitivos do Estado, encarnados nos grupos burocrático-executivos ligados às forças armadas e policiais e à aplicação das leis (COUTINHO, 1996, p. 53).

Por fim, após sintetizar algumas reflexões sobre os conceitos basilares de Estado, Sociedade, Sociedade Civil e Política, traz-se um

4. Marx

Sociedade civil = Sociedade burguesa

Sociedade feudal ≠ Sociedade burguesa ≠ Sociedade socialista

Sociedade civil
(determinante)

Componente estrutural ou da base material sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política.

Estado
(determinado)

Componente da superestrutura; esfera das relações políticas que garantem a reprodução da sociedade burguesa.

5. Gramsci

ESTADO AMPLIADO

Sociedade civil

+

Sociedade política

Conjunto dos organismos vulgarmente chamados de privados: instituições que garantem a *hegemonia* das classes dominantes; complexo das relações ideológicas e culturais.

Funções:

- hegemonia
- consenso
- direção

Portadores materiais:

- aparelhos privados de hegemonia.

Aparelho coativo encarregado do domínio direto e do comando.

Funções:

- Ditadura
- Coerção
- Dominação

Portadores materiais:

- Aparelhos coercitivos e repressivos.

6. Poulantzas

Sociedade civil

Concepção equivalente à de Gramsci.

Estado

Arena de lutas contendo contradições de classe e atravessada pelo movimento da sociedade. Legitima-se não só por meio dos aparelhos coercitivos, mas pela sua forte presença na economia.

Compreendidas questões essenciais aos conceitos de sociedade e de Estado, assim como suas influências recíprocas de causa e efeito, oportuniza-se o questionamento: quais os reflexos da ambivalência entre o Estado e a sociedade para a consolidação da pobreza como uma característica estruturante? Conforme explanado anteriormente, a existência da sociedade antevê ao próprio Estado e alicerça aspectos positivos como a organização, a sistematização e o bem coletivo, mas também dá origem a aspectos negativos como a pobreza e a desigualdade social.

Para enfrentá-los, tanto o Estado quanto a sociedade são essenciais. Ambos precisam desenvolver de forma conjunta instrumentos que integrem as demandas regionalizadas que colocam alguns indivíduos em um contexto marginalizado e invisível de escassez de condições materiais e sociais, como será analisado no próximo capítulo.

3 POBREZA: REFLEXÕES TEÓRICAS, CONCEITUAIS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DO FENÔMENO NO BRASIL

Estudos demonstram que a pobreza acompanha a sociedade desde o período pré-industrial até os dias atuais, resistindo ao crescimento econômico e às políticas sociais desenvolvidas pelos Estados globalizados para enfrentá-la. Segundo Maria Ozanira da Silva e Silva, o fenômeno pressupõe uma escassez de meios de subsistência e, terminologicamente, “além do problema de deficiência de renda, ao conceito de pobreza agregam-se problemas de saúde, educação, moradia, desemprego e grande dificuldade de fazer valer direitos no meio profissional e extraprofissional” (2013, p. 36).

Entendida como um problema social complexo e abrangente, que atinge todas as esferas da vida dos indivíduos que a enfrentam, diversos sinônimos são utilizados pela doutrina para indicar o estado específico dos processos de pobreza. A precarização, referente ao risco de empobrecimento de novas categorias de indivíduos, e a exclusão social, como forma de rejeição aos que não acessam condições essenciais da vida, são exemplos amplamente difundidos nas discussões sobre o tema (SILVA, 2013, p. 33-34).

A respeito da ausência de um conceito objetivo e universal de pobreza, que a transforma em uma noção de essência normativa,

as normas que fixam as necessidades básicas e os níveis adequados para sua satisfação vinculam-se, necessariamente, a algum esquema valorativo que também seleciona as políticas para combater a pobreza. Esses esquemas valorativos, por sua vez, se fundamentam em algum juízo moral ou político sobre a ordem social e a maneira como a sociedade deve ser organizada. Isso significa que não existe definição neutra de pobreza (ALTMIR *apud* SILVA, 2013, p. 36).

Na teoria, o que existem são conceitos elaborados a partir de determinadas concepções sobre a realidade de grupos sociais, que demonstram “que o conhecimento da pobreza só existe através de representações dominantes e contraditórias em confronto, numa dada sociedade, num determinado momento histórico” (BOUGET, NOGUES *apud* SILVA, 2013, p. 37). Dito isto, diversas são as perspectivas existentes na literatura para analisar o fenômeno de acordo com a forma pela qual se desenvolve nos grupos sociais no decorrer do tempo.

Explicações gerais sobre a pobreza expressam determinado funcionamento social e sugerem meios de investigação compatíveis com a teoria apresentada. A partir de esquemas valorativos conservadores, a pobreza é entendida como uma privação material que exige políticas específicas, e de esquemas valorativos participativos, a pobreza é percebida como a privação de um conjunto interrelacionado de necessidades básicas que demanda políticas de redistribuição com crescimento (ALTMIR *apud* SILVA, 2013, p. 37).

A questão pode ser tratada por meio de abordagens diversas. As culturalistas, identificam as causas da pobreza em fatores internos dos indivíduos; as estruturais, apontam a ordem estrutural como determinante da pobreza e condicionam a superação do fenômeno através do estabelecimento de uma sociedade sem classe; e as neoliberais, explicam a pobreza no próprio indivíduo e apontam o mercado como um espaço natural de satisfação das necessidades econômicas e sociais (SILVA, 2013, p. 39-42).

Existem, ainda, formas de expressões tipológicas que explicam a pobreza no tempo e no espaço. As noções de insatisfação das necessidades básicas e de desigualdade social originam as concepções de pobreza absoluta, entendida como a insuficiência de bens essenciais à dignidade humana em um determinado contexto social (ALTMIR *apud*

SILVA, 2013, p. 50), e de pobreza relativa, como a evolução da renda média em relação ao modo de vida dominante,

embutindo a ideia de que, por ser relativa, sempre existirão pobres. Por ser a pobreza relativa uma construção intelectual da representação que cada um pode ter da realidade social, o perigo é reduzir a pobreza à desigualdade, sendo que a pobreza absoluta deve ser objeto de preocupação imediata e seu reconhecimento é um ato político que impõe a necessidade de agir (SILVA, 2013, p. 52-53).

Como formas de expressão tipológica da pobreza, existem também as concepções de ordem objetiva e subjetiva, sendo as primeiras um fenômeno subordinado às condições concretas de vida da população e as segundas verificadas pela forma como a pobreza é percebida pela sociedade e pelos próprios pobres (SILVA, 2013, p. 53). A noção de pobreza estrutural, que se estende por um longo período substancial da vida do pobre, cuja renda é incompatível com suas necessidades básicas, se opõe à noção de pobreza conjuntural, referente às causas circunstanciais que reduzem a renda a um nível inferior ao de pobreza (BARROS; CAMARGO; MENDONÇA *apud* SILVA, 2013, p. 53).

Por fim, a pobreza tradicional, representada pelo acúmulo de deficiências que passa de geração em geração e afeta todos os aspectos da vida do pobre, distingue-se da nova pobreza, decorrente da degradação do mercado de trabalho com o aumento do desemprego de longa duração e do enfraquecimento dos laços sociais pela instabilidade dos laços familiares e pelo declínio da solidariedade (PAUGAM *apud* SILVA, 2013, p. 54-55). Para Maria Ozanira da Silva e Silva, por meio da dualidade de expressões ou por novas construções conceituais, a pobreza constitui um problema econômico, social e político, que demanda intervenção estatal e, para tanto, exige clareza conceitual (2013, p. 58).

As diferentes exigências de cada contexto socioeconômico originam o enfoque da pobreza como privação de capacidades “que possibilitem ao pobre alcançar níveis aceitáveis de funcionamento, desde os de natureza física (alimentação, vestuário, moradia, saúde) até os de natureza social, como participar da comunidade” (SEN *apud* SILVA, 2013, p. 60). Por essa perspectiva, a superação da pobreza constitui uma

luta social diretamente associada à luta pela redução de desigualdades, ainda que uma não possa ser confundida com a outra.

Por meio de uma abordagem multifuncional, que inclui aspectos materiais e subjetivos, dimensões políticas e sociais, a pobreza pode ser identificada como um fenômeno social complexo que acarreta privações de necessidades materiais de bem-estar e negações de oportunidades de acesso ao trabalho e à assistência (SILVA, 2013, p. 61). No entanto, no curso do Século XX, observou-se a necessidade de repensar essas abordagens para “permitir uma definição adequada de políticas de intervenção face à nova realidade que situa a pobreza nos marcos históricos das sociedades contemporâneas do mundo globalizado” (SILVA, 2013, p. 62).

Isso porque, em termos práticos identificou-se uma estagnação no declínio da pobreza e o aumento do número de pessoas vivendo em situação de pobreza absoluta entre as décadas de 1950, 1960 e 1970 e o crescimento da desigualdade social e da pobreza nos anos 1980 e 1990, agravado pelo surgimento de uma nova pobreza (SILVA, 2013, p. 23-24). Estes fatos ocorreram em um contexto marcado por mudanças econômicas, sociais, políticas e culturais que afetaram “seriamente a pobreza, os padrões de vida dos pobres, o modo como adquirem a renda para a sobrevivência, a qualidade dos serviços sociais e as possibilidades de se beneficiarem destes” (GAURDIER *apud* SILVA, 2013, p. 25).

No início do terceiro milênio, em um cenário globalizado, desigual e de baixo crescimento econômico, 150 milhões de latino-americanos foram atingidos pela pobreza e 80 milhões pela extrema pobreza. Segundo Maria Ozanira da Silva e Silva, causas de ordem macroeconômica e estruturais, como a crise econômica mundial e a omissão das políticas econômicas internas para combater a pobreza, somadas às causas de ordem social, como a mudança demográfica com aumento populacional, a exclusão econômica e social e o enfraquecimento da solidariedade social, explicam o fenômeno (2013, p. 27-28).

A partir de dados do IPEA, a autora apontou que, em termos mundiais, entre 1981 e 2005, 520 milhões de pessoas saíram da situação de pobreza extrema; em nível regional, alguns países da América Latina conseguiram reduzir as desigualdades de renda; e, no Brasil, desde a Constituição Federal de 1988 até a data de sua obra, observou a redução do número de pobres e dos níveis de pobreza destes (SILVA, 2013, p. 28-

29). Os avanços brasileiros tiveram como determinante a definição da proteção e desenvolvimento social como grande eixo de intervenção do Estado e

a evolução das perspectivas positivas exige combinação do crescimento econômico com avanços sociais, bem como o aperfeiçoamento de políticas públicas de alcance nacional, ganhando relevância, portanto, o papel do Estado e as instituições da sociedade civil nesse processo (SILVA, 2013, p. 32).

O modo de agir da sociedade “transforma a pobreza em imagens que servem para ‘camuflar’ as diferenças, as desigualdades e os conflitos de maneira indiferenciada como se estivessem para além da sociedade ou para além da própria história” (TELLES *apud* PEREIRA, 2013, p. 71). Para Maria Eunice Ferreira Damasceno Pereira, o Brasil possui um quadro histórico de desigualdade e pobreza que integra a estrutura nacional e se mantém no decorrer dos anos, evidenciando que a modernização ocorreu mais em aparências do que com rupturas (2013, p. 71).

Nesse contexto, é possível identificar os reflexos da relação ambivalente entre Estado e sociedade sobre a pobreza. No Brasil, o fenômeno se consolida por problemas estruturais como a conformação do mercado de trabalho, que mesmo após a abolição da escravatura favorece o rebaixamento da renda dos excluídos do processo produtivo da época; a falta de democratização do acesso à terra, que fortaleceu a tendência de concentração da propriedade rural em prejuízo das pequenas produções agrícolas; e o padrão de proteção social instituído de forma tímida e insuficiente para garantir a redistribuição da riqueza produzida socialmente e possibilitar a satisfação das necessidades sociais básicas de forma equânime (PEREIRA, 2013, p. 72-75).

Essa herança social exige um projeto de nação baseado em forças sociais progressistas que valorize a educação e promova incentivos ao setor produtivo para gerar o aumento dos postos de trabalho e das remunerações em benefício dos trabalhadores (PEREIRA, 2013, p. 79). A inclusão e a exclusão social constituem a base do modelo de desenvolvimento capitalista e originam duas sociedades

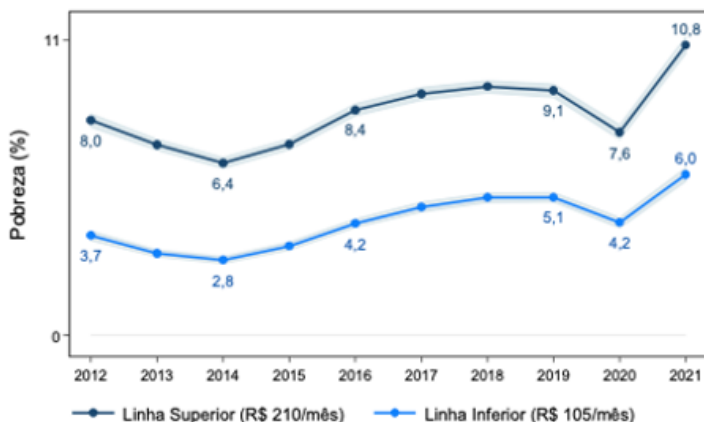
uma incluída, constituída por ricos e pobres, mas onde todos têm o que vender e o que comprar, direitos reconhecidos, etc e, outra sociedade que caracteriza-se como uma “sub-humanidade: incorporada através do trabalho precário, do trambique, no pequeno comércio, (ou até mesmo em atividades criminosas, ilícitas ou clandestinas)” (PEREIRA, 2013, p. 86).

De acordo com Enrique Leff, a

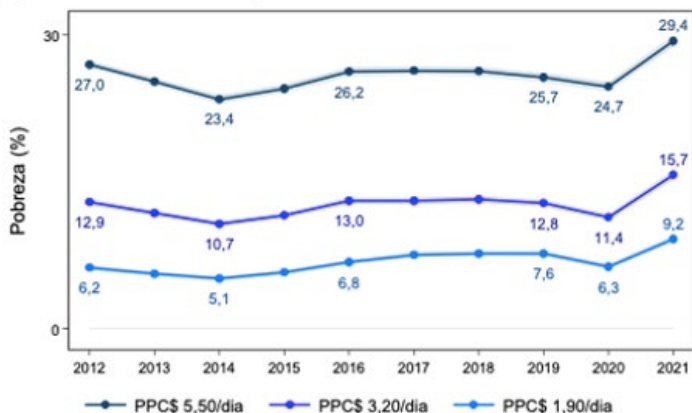
“produção de pobreza” resultante da globalização do mercado esteve associada a um processo de destruição de identidades culturais, desarticulação do tecido social e “desmantelamento dos atores coletivos” (ZERMENO, 1996). Mas ao mesmo tempo, um amplo processo de democratização está sendo impulsionado por uma nova força social para resolver de maneira pacífica e consensual os conflitos que o mundo moderno está atravessando, abrindo canais de participação para reconstruir as condições de sobrevivência da cidadania e reorientar os tipos de desenvolvimento da humanidade, lançando uma corrente de ar fresco e criativo ao cerco homogeneizante do macroprojeto neoliberal” (LEFF, 2015, p. 59).

Em recente publicação preliminar do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Pedro Souza, Marcos Hecksher e Rafael Osorio realizaram um panorama sobre a pobreza no Brasil nos últimos dez anos. A partir de dados fornecidos pela Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua (PNADC) de 2021, os autores da nota técnica elaboraram duas figuras para apresentar a evolução da incidência da pobreza no país:

Figura 1. Taxas de pobreza para linhas de pobreza selecionadas – Brasil, 2012/2021 (%)
(a) Linhas de pobreza do Programa Auxílio Brasil



(b) Linhas internacionais de pobreza



Na primeira parte da figura, a pobreza foi representada em uma linha mensal de R\$ 210,00 (duzentos e dez reais) e outra de R\$ 105,00 (cento e cinco reais) do Programa Auxílio Brasil em dezembro de 2021. Já na segunda metade, apresenta três linhas internacionais de monitoramento da pobreza global por dia e por pessoa, em dólares com paridade de poder de compra: PPC\$ 1,90, calculada a partir dos quinze países mais pobres do mundo para servir como referência de pobreza

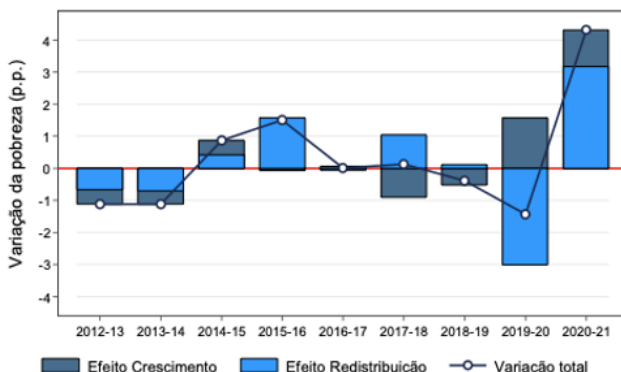
extrema; PPC\$ 3,20 e PPC\$ 5,50, estimadas nos países renda média-baixa e média-alta.

Em ambos os gráficos, os autores identificaram que a redução dos níveis de pobreza entre 2012-2014 foi interrompida pela crise econômica de 2014-2016, que a lenta recuperação entre 2016-2019 manteve as taxas de pobreza estagnadas ou piores e que em 2020 a pobreza recuou significativamente pela primeira vez em um longo período, embora em 2021 tenha havido o maior aumento anual da pobreza dos últimos trinta anos (SOUZA; HECKSHER; OSORIO, 2022, p. 4). Segundo a nota técnica, em termos gerais

Desde 2012, as variações na taxa de pobreza foram muito mais sensíveis a mudanças distributivas (“efeito redistribuição”) do que a variações na renda média (“efeito renda”), seja em períodos de redução (como em 2012-2014 e em 2020) ou de aumento da pobreza (como em 2014-2016 e em 2021) da pobreza. Com efeito, a piora na distribuição de renda foi responsável por mais de 70% do crescimento de 2,8 p.p. da taxa de pobreza entre 2012 e 2021 (SOUZA; HECKSHER; OSORIO, 2022, p. 7).

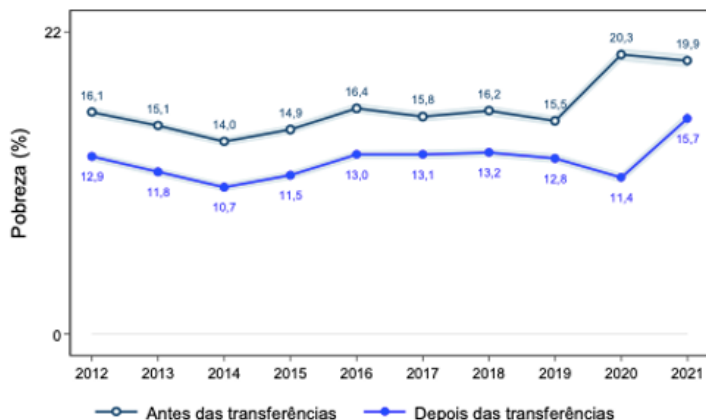
Analisada em conjunto com a Figura 1, a Figura 2 demonstra que os efeitos da redistribuição contribuíram para aumentar a pobreza inclusive no período de recuperação econômica entre 2016-2019 (SOUZA; HECKSHER; OSORIO, 2022, p. 7). Veja-se:

Figura 2. Decomposição da variação anual na taxa de pobreza para a linha de PPC\$ 3,20/dia – Brasil, 2012/2021 (p.p.)



O estudo destaca a importância das políticas sociais no combate à pobreza e compara as taxas de pobreza estimadas antes e depois das transferências monetárias assistenciais na década 2012-2021 para a linha de pobreza de PPC\$ 3,20 por dia:

Figura 3. Taxas anuais de pobreza antes e depois das transferências sociais não contributivas para linha de PPC\$ 3,20/dia – Brasil, 2012-2021 (%)



Até 2019, os benefícios assistenciais retiraram cerca de 6 milhões de pessoas por ano da linha de pobreza, em 2020 alcançaram os melhores resultados da história nacional e em 2021, como reflexo da pandemia da covid-19, tiveram o pior desempenho anual desde 1990 (SOUZA; HECKSHER; OSORIO, 2022, p. 9).

Feitas essas considerações, a pobreza é um problema social complexo que demanda intervenção estatal e desafia a humanidade. Estudos demonstram que para enfrentá-la é necessário o desenvolvimento de políticas públicas assistenciais pelo Estado, com participação ativa da sociedade, tendo em vista a relação de ambivalência entre estas instituições demonstradas no capítulo anterior.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como afirmado no início desta pesquisa, as figuras de Estado e sociedade são pautadas na teoria e na prática por reciprocidade e antagonismo ao mesmo tempo, evidenciando uma relação indubitável de ambivalência. Desde logo, identifica-se, em um primeiro momento, um

processo histórico complexo e, conseqüentemente, irreduzível a generalizações. Indica, ademais, que ambos os vetores têm particularidades e interesses precípuos, embora interdependentes em alguma medida e, portanto, sem autonomia absoluta.

Sendo assim, é perceptível que tanto o Estado quanto a sociedade não só são codependentes como exercem um papel moderador entre si – em analogia a teoria de Montesquieu. Ressalta-se que este trabalho não procura esgotar o entendimento a respeito dos conceitos e dos deveres do Estado e da sociedade, mas explorar suas variadas nuances de forma a explicar que o contexto histórico-social influi diretamente sobre a aceitabilidade de determinadas acepções de ambas as instituições.

Nesse contexto, explana-se os reflexos da relação ambivalente entre o Estado e a sociedade sobre a pobreza e demonstra-se a necessidade da adoção de políticas públicas assistenciais para enfrentá-la. A partir de uma contextualização histórico-social, evidencia-se que problemas sociais, econômicos e políticos, como a pobreza, resultam da relação indissociável entre o Estado e a sociedade, sobretudo na prática, tendo em vista que no campo teórico é possível conceituá-los separadamente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARISTÓTELES. **A Política**. São Paulo: Editora Ícone, 2007.

BOBBIO, Norberto; BOVERO, Michelangelo. **Sociedade e Estado na Filosofia Política Moderna**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. São Paulo: Brasiliense, 1986.

COUTINHO, Carlos Nelson. **Democracia e socialismo**: questões de princípio e contexto brasileiro. São Paulo: Cortez Autores Associados, 1996.

COUTINHO, Carlos Nelson; TEIXEIRA, Andréa de Paula (Org.). **Le Gramsci, entender a realidade**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1996-2003.

FARLEY, Joshua. Economia de Estado Estacionário. *In*: D'ALISA, Giacomo; DEMARIA, Frederico; KALLIS, Giorgos (Orgs.). **Decrescimento**: vocabulário para um novo mundo. Trad. Roberto Cataldo Costa. Porto Alegre: Tomo Editorial, 2016, p. 68-72.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Coedição Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. vol. I. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

GRAMSCI, Antônio. **Cadernos do Cárcere**. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Coedição Luiz Sérgio Henriques e Marco Aurélio Nogueira. vol. II. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2004.

HOBBS, Thomas. **Do cidadão**. Trad. Renato Janine Ribeiro. Coleção Clássicos. São Paulo: Martins Fontes, 1992.

HOBBS, Thomas. **Leviatã ou Matéria, Forma e Poder de um Estado Eclesiástico e Civil**. Martins Fontes: São Paulo, 2003.

HOBBS, T. **Os Elementos da Lei Natural e Política**. Trad. Fernando D. Andrade. São Paulo: Ícone, 2002.

IANNI, Octavio. O estado-nação na época da globalização. **Revista Novos Rumos**, v. 31, n. 14, p. 1-7, 1986.

LEFF, Enrique. **Saber ambiental: Sustentabilidade, Racionalidade, Complexidade e Poder**. Tradução Lúcia Mathilde Endlich Orth. 11. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 2015.

LOCKE, John. **Segundo Tratado Sobre o Governo**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

MAQUIAVEL, Nicolau. **Escritos Políticos**. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

MAQUIAVEL, Nicolau. **O Príncipe**. 3. ed. Trad. Maria Júlia Goldwasser. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

PEREIRA, Maria Eunice Ferreira Damasceno. Os determinantes da Pobreza no Brasil: algumas notas explicativas. *In*: SILVA, Maria Ozanira da Silva e. **Pobreza e políticas públicas de enfrentamento à pobreza**. São Luís: EDUFMA, 2013.

PEREIRA, Potyara A. P. Para a maior compreensão da política social: concepções básicas de Estado *versus* Sociedade. *In: Política social: temas & questões*. 2. ed. São Paulo: Cortez, 2009, p. 135-162.

ROUSSEAU, J. J. **Discurso sobre a origem e os fundamentos da desigualdade entre os homens**. São Paulo: Nova Cultural, 1999.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do Contrato Social (1757)**. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Pobreza e suas diferentes expressões: questões teórico-conceituais e empíricas. *In: SILVA, Maria Ozanira da Silva e. Pobreza e políticas públicas de enfrentamento à pobreza*. São Luís: EDUFMA, 2013.

SOUZA, Pedro H. G. Ferreira de; HECKSHER, Marcos; OSORIO, Rafael G. **Um país na contramão**: a pobreza no Brasil nos últimos dez anos. Nota Técnica. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (Ipea), 2022. Disponível em: https://repositorio.ipea.gov.br/bitstream/11058/11563/1/NT_Um_pais_n_a_contramao_Publicacao_Preliminar.pdf. Acesso em: 20 dez. 2022.

VAN CREVELD, Martin. **Ascensão e declínio do Estado**. Trad. Jussara Simões. São Paulo: Martins Fontes, 2004.

UMA ANÁLISE CRÍTICA ACERCA DA (IN)CONSTITUCIONALIDADE DO REQUISITO DE IDADE MÍNIMA PARA CONCESSÃO DA APOSENTADORIA ESPECIAL IMPOSTO PELA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103/2019

Gicliane Soares Fernandes Corrêa³⁵

Resumo

O presente artigo busca trazer uma reflexão acerca dos novos requisitos para a concessão da aposentadoria especial, notadamente o requisito de idade mínima, trazido pela Emenda Constitucional nº 103/2019, popularmente chamada de reforma da previdência. A elaboração do presente artigo foi por meio de pesquisa descritiva, de natureza qualitativa, a qual se deu com revisão bibliográfica e análise documental, baseada em assuntos teóricos tais como doutrina, legislação e jurisprudência e com a utilização do método dedutivo. A escolha do tema se deu a partir da percepção de como tais mudanças ocasionaram insegurança a trabalhadores expostos a atividades especiais que, em vias de pedir sua aposentadoria, tiveram seu direito rechaçado. Presume-se que a alteração trazida pela EC 103/2019, segundo a qual para se ter direito à concessão de aposentadoria especial é necessária a comprovação do requisito etário, pode não ser recepcionada pela Constituição Federal.

Palavras-chave: Aposentadoria Especial; Emenda Constitucional nº 103/2019; Idade Mínima; Constitucionalidade.

A CRITICAL ANALYSIS OF THE (IN)CONSTITUTIONALITY OF THE MINIMUM AGE REQUIREMENT FOR GRANT OF SPECIAL RETIREMENT IMPOSED BY CONSTITUTIONAL AMENDMENT Nº 103/2019

Abstract

This article seeks to bring a reflection on the new requirements for granting special retirement, notably the minimum age requirement, brought by Constitutional Amendment nº 103/2019, popularly called pension reform. The elaboration of this article was through descriptive research, of a qualitative nature, which took place with bibliographic review and document analysis, based on theoretical subjects such as

³⁵ Especialista em Prática Jurídica Social pela FURG.

doctrine, legislation and jurisprudence and with the use of the deductive method. The choice of theme was based on the perception of how such changes caused insecurity for workers exposed to special activities who, in the process of asking for their retirement, had their right rejected. It is assumed that the amendment brought by EC 103/2019, according to which, in order to be entitled to grant a special retirement, proof of the age requirement is required, can be approved by the Federal Constitution.

Keywords: Special Retirement; Constitutional Amendment nº 103/2019; Minimum Age; Constitutionality.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo objetiva trazer uma reflexão crítica acerca do requisito de idade mínima para concessão da aposentadoria especial por exposição à agentes de risco à saúde do segurado, imposto pela Emenda Constitucional nº 103 de 13 de novembro de 2019, à luz dos preceitos que nortearam a origem da aposentadoria especial e que possui como principal fundamento, justamente, a proteção da saúde e da vida do trabalhador, bem como a possível não recepção pela Constituição Federal de 1988 daquele requisito.

Para tanto, utilizamos o meio de pesquisa descritiva, de natureza qualitativa, que se deu por meio de revisão bibliográfica e análise documental, baseada em assuntos teóricos tais como doutrina, legislação e jurisprudência e com a utilização do método dedutivo.

A fim de verificar a relevância do estudo, foram realizadas pesquisas para verificar a existência ou não e o volume de estudos sobre o presente tema, nas buscas utilizou-se alguns termos como: “aposentadoria especial”, “reforma da previdência”, “idade mínima”, “emenda constitucional 103/2019”, as quais foram feitas nos sites: Scielo, Portal de Periódicos da CAPES, Google Acadêmico e na Biblioteca Digital de Teses e Dissertações.

Os resultados obtidos nos respectivos sites foram exíguos sendo que o site Scielo não gerou nenhum resultado, nos demais foram localizados poucos trabalhos sobre o assunto o que demonstra a importância de mais estudos sobre o tema.

Assim, verificou-se a escassez de pesquisas relacionadas aos impactos da reforma da previdência na concessão da aposentadoria especial ou mesmo no que tange a sua recepção pela Constituição Federal.

A emenda constitucional nº 103/2019 em seu artigo 21 trouxe uma inovação, qual seja, estabeleceu que os trabalhadores expostos a agentes nocivos à saúde, além do tempo mínimo de efetiva exposição precisam, para a concessão da aposentadoria especial, possuir uma pontuação mínima, na regra de transição, ou idade mínima, na regra permanente.

Tais regras trazidas pela EC 103/2019 impõem que o trabalhador que exerce suas atividades laborais exposto a agentes de risco a sua saúde precisem trabalhar por mais tempo para que lhe seja concedida a aposentadoria especial, além daquele considerando como seguro pelos órgãos de proteção à saúde, que poder ser de 15 anos, 20 anos ou 25 anos de acordo com o agente de exposição.

Diante disso, é evidente que haverá um substancial aumento nas demandas judiciais questionando a legalidade da referida norma. Por isso é importante compreender seus impactos e analisar como o Poder Judiciário irá lidar com essa questão, e o papel dos advogados que levarão estas questões para os Tribunais.

Assim, é de suma importância aprofundar os estudos nas possíveis consequências destas mudanças, no caso individual e na coletividade, em busca de novas teses que visem proteger e resguardar os direitos adquiridos dos trabalhadores expostos a condições nocivas.

Isto posto, é de salientar que os direitos fundamentais em nossa sociedade, via de regra, estão ou deveriam estar em constante evolução acompanhando o desenvolvimento humano e social da população e as suas necessidades. Por consequência os direitos sociais, que demandam uma atuação positiva do Estado, igualmente devem acompanhar essa evolução.

Entretanto, seja por questões políticas e/ou econômicas ocasionalmente nos deparamos com situações de retrocesso jurídico, preponderantemente, nas questões relacionadas aos direitos sociais, exatamente o que aconteceu com o advento da reforma da previdência que me verdade se trata de uma violação de direitos institucionalizada.

Considerando que a seguridade social, em suma, tem como objetivo garantir a sobrevivência humana com dignidade, faz-se necessária uma contextualização histórica acerca da origem da aposentadoria especial.

2 BREVE EXPLANAÇÃO ACERCA DA ORIGEM DA APOSENTADORIA ESPECIAL

Historicamente o trabalho braçal, que por muito anos foi realizado por mão de obra escrava, começou a ser minimamente valorizado socialmente e passou a ser desempenhado por homens livres no período da Revolução Industrial e na era pós-industrial.

Ao começar a ser desenvolvido por cidadãos livres, houve uma maior preocupação com os riscos do ambiente laboral, visto que, interferiam diretamente na saúde dos trabalhadores e alguns inclusive representavam risco de morte.

Foi então que, com o objetivo de proteger o maior bem do homem, sua saúde, que surgiu a possibilidade da aposentadoria especial ou do cômputo diferenciado do tempo laborado em atividade especial.

No Brasil a aposentadoria especial foi instituída pela Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960 e teria como característica principal atuar de preventiva e compensatória, vez que buscaria diminuir o tempo de trabalho do segurado que, sujeito a condições especiais, exerce ou exerceu atividade que, pela sua natureza, pode causar danos à saúde ou à integridade física.

No tocando à Constituição Federal de 1988, temos que ela inclui em seu escopo de objetivos fundamentais a erradicação da pobreza e a redução da desigualdade e, para se atingir este fim adotou-se o Sistema da Seguridade Social, que nada mais é do que a base que sustenta três colunas: a saúde, a previdência e assistência social.

Sendo assim, pode-se dizer que o sistema de seguridade brasileiro funciona sobre 3 pilares que são: a previdência, saúde e assistência, elementos essenciais para a sobrevivência humana.

Assim, podemos dizer que a Aposentadoria Especial é uma espécie de benefício previdenciário, ou seja, está arraigada no sistema previdenciário brasileiro e deve ser concedido àqueles que exercem suas atividades laborais expostos aos agentes nocivos à saúde.

Desde a sua intuição no Brasil, a modalidade de benefício denominada de aposentadoria especial já foi submetida à sucessivas alterações ao longo do tempo até as regras vigentes nos dias atuais.

Diante disso, faz-necessário que, antes da análise da regra atual, façamos uma revisão geral das regras mais significativas sobre o tema aposentadoria especial desde que foi implantada na legislação brasileira.

3 A APOSENTADORIA ESPECIAL ANTES DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103 DE 13 DE NOVEMBRO DE 2019

Desde a instituição da aposentadoria especial no Brasil, através da Lei n.º 3.807/1960, várias alterações legislativas já foram feitas nas condições para a sua concessão.

Pela legislação original da Lei n.º 3.807/1960, para a concessão da aposentadoria especial era necessário que o segurado tivesse idade mínima de 50 anos, além de 15 anos de contribuição (carência) e comprovasse ter trabalhado durante 15, 20 ou 25 anos, no entanto naquela época o foco era a atividade profissional do segurado, embora existisse também a ideia de exposição a agentes nocivos.

As atividades profissionais em si eram consideradas passíveis de aposentadoria especial se enquadradas como penosas, insalubres ou perigosas, de acordo com uma relação anexa à lei.

Já no ano de 1968, ou seja, oito anos após a positivação da aposentadoria especial no ordenamento brasileiro, foi editada a Lei n.º 5.440-A que dispensou o requisito de idade mínima de 50 anos para a concessão da aposentadoria especial.

Com a promulgação da Constituição Federal em 1988, a previdência social ganhou status de direito social fundamental conectando-se com o Título VIII (Da Ordem Social, Art. 193); com a Seguridade Social (Art. 194); e com seus contornos mais precisos (Arts. 201 e 202).

Para atender ao disposto constitucionalmente foi publicada a Lei 8.213/91, Plano de Benefícios da Previdência Social – PBPS, que destinou dois artigos para tratar da aposentadoria especial, artigos 57 e 58.

Os artigos 57 e 58, em suma, definiam as regras para concessão da aposentadoria especial, que eram: a) segurado que tiver trabalhado durante 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, conforme a atividade profissional, sujeito a condições especiais que prejudiquem a saúde ou a integridade física e o cumprimento da carência definida em lei.

Assim, até o advento da Lei nº 9.032, de abril de 1995, que alterou as leis de custeio e benefício da Previdência Social (Leis n.º 8.212/91 e 8.213/91), o foco para a concessão do benefício da aposentadoria especial estava na proteção ao trabalhador de acordo com

a categoria profissional ou pelo exercício de atividades penosas ou perigosas, foi a partir da Lei n.º 9.032/95 que o enfoque passou a ser a efetiva exposição do trabalhador a agentes nocivos (químicos, físicos, biológicos ou associação de agentes prejudiciais à saúde ou à integridade física).

Entre outras significativas alterações, a partir da Lei nº 9.032 a configuração de atividade especial não mais era definida pelo tipo de atividade laboral, mas sim passou a ser necessária a efetiva comprovação o de tempo de trabalho permanente, não ocasional nem intermitente em condições prejudiciais à saúde.

Assim, conforme pontuam Castro e Lazzari (2011) somente após a Lei nº 9.032, de abril de 1995, houve a necessidade de comprovação pelo segurado da exposição aos agentes agressivos, exigindo ainda que essa exposição fosse habitual e permanente.

No ano de 1996 foi definido explicitamente na Medida Provisória nº 1.523 que a comprovação da exposição do trabalhador a agentes nocivos a sua saúde deveria ser comprovada com a apresentação de laudo técnico pericial.

Ou seja, a atividade desenvolvida deixou de ser o fator determinante para a caracterização da atividade especial, havendo a necessidade de comprovação de efetiva exposição habitual e permanente a condições especiais prejudiciais a saúde do trabalhador.

Cumpre salientar que a exigência de comprovação de exposição habitual e permanente ao agente risco só pode ser exigida para atividades desenvolvidas após a publicação da Lei nº 9.032, de abril de 1995.

No entanto, embora a necessidade de comprovação de exposição de forma habitual e permanente ao agente risco, não havia requisito etário para a concessão do benefício.

Ou seja, até a EC nº 103 de 13 de novembro de 2019 bastava o segurado comprovar a efetiva exposição ao agente nocivo pelo tempo determinado em lei, 15, 10 ou 25 anos, de acordo com a agente nocivo, e comprovar pelo menos 180 contribuições para ter direito a aposentadoria especial.

Além disso, o valor da aposentadoria era de 100% do salário de contribuição, sem a incidência de fator previdenciário.

No entanto, conforme iremos estudar no próximo tópico, a Emenda Constitucional nº 103 de 13 de novembro de 2019 trouxe consigo vários retrocessos e inclusive violação a direitos fundamentais dos

trabalhadores ao impor, a exemplo da legislação de 1960, requisito de idade mínima para a concessão de aposentadoria especial, além do período de carência e do tempo de contribuição com exposição a agentes nocivos.

4 APOSENTADORIA ESPECIAL APÓS A EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 103 DE 13 DE NOVEMBRO DE 2019

Em 13 de novembro de 2019 entrou em vigor a Emenda Constitucional nº 103 (EC 103/2019), que trouxe consigo significativas alterações na esfera previdenciária, notadamente no que tange aos requisitos para a concessão da aposentadoria especial, que por sua maioria são regras de caráter restritivo e reducionista aos benefícios oferecidos pela Autarquia para os trabalhadores.

A referida norma, entre outras medidas, trouxe nova redação para o § 1º do artigo 201 da Constituição Federal que passou a trazer o seguinte texto:

§ 1º É vedada a adoção de requisitos ou critérios diferenciados para concessão de benefícios, ressalvada, nos termos de lei complementar, a possibilidade de previsão de idade e tempo de contribuição distintos da regra geral para concessão de aposentadoria exclusivamente em favor dos segurados:

[..]

II - cujas atividades sejam exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação

Enquanto a lei complementar, mencionada no § 1º não for publicada, o Artigo 19 da EC n. 103 de 13 de novembro de 2019 definiu, transitoriamente, os critérios para a concessão do benefício especial, fixando a idade mínima em cada uma das subespécies da aposentadoria:

Isto é, a EC 103 de 13 de novembro de 2019 deixou para lei complementar futura a regulamentação de algumas matérias que antes eram afetadas diretamente pela Constituição Federal e, de certa forma, trouxe insegurança jurídica e perda de direitos aos trabalhadores que laboram expostos a agentes nocivos.

Até que exista Lei complementar para regulamentar, a reforma da previdência trouxe para a aposentadoria especial uma regra de transição, aplicada para quem já era filiado ao Regime Geral da Previdência Social –RGPS até a data de entrada em vigor da EC 103/2019, e uma regra permanente que será aplicada para aqueles segurados que ingressarem no RGPS após a entrada em vigor da EC 103 de 13 de novembro de 2019.

Aos segurados que já estavam filiados ao Regime Geral, antes da publicação da EC 103 de 13 de novembro de 2019, a regra de transição é disciplinada no art. 21 da referida emenda e permite que eles se aposentem por esta espécie de benefício, mas precisam cumprir, cumulativamente, a pontuação e o tempo mínimo, nos seguintes termos:

Art. 21. O segurado ou o servidor público federal que se tenha filiado ao Regime Geral de Previdência Social ou ingressado no serviço público em cargo efetivo até a data de entrada em vigor desta Emenda Constitucional cujas atividades tenham sido exercidas com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, desde que cumpridos, no caso do servidor, o tempo mínimo de 20 (vinte) anos de efetivo exercício no serviço público e de 5 (cinco) anos no cargo efetivo em que for concedida a aposentadoria, na forma dos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, poderão aposentar-se quando o total da soma resultante da sua idade e do tempo de contribuição e o tempo de efetiva exposição forem, respectivamente, de: I – 66 (sessenta e seis) pontos e 15 (quinze) anos de efetiva exposição; II – 76 (setenta e seis) pontos e 20 (vinte) anos de efetiva exposição; e III – 86 (oitenta e seis) pontos e 25 (vinte e cinco) anos de efetiva exposição. § 1º. A idade e o tempo de contribuição serão apurados em dias para o cálculo do somatório de pontos a que se refere o caput.

Já para a regra permanente, aplicada àqueles que se filiaram ao Regime Geral, após a da publicação da EC 103 de 13 de novembro de 2019 e até que haja lei complementar disciplinando o tema, ficou definido no artigo 19 da EC 103 de 13 de novembro de 2019 os critérios para

concessão do benefício fixando a idade mínima em cada uma das subespécies da aposentadoria:

Art. 19. § 1º Até que lei complementar disponha sobre a redução de idade mínima ou tempo de contribuição prevista nos §§ 1º e 8º do art. 201 da Constituição Federal, será concedida aposentadoria: I – aos segurados que comprovem o exercício de atividades com efetiva exposição a agentes químicos, físicos e biológicos prejudiciais à saúde, ou associação desses agentes, vedada a caracterização por categoria profissional ou ocupação, durante, no mínimo, 15 (quinze), 20 (vinte) ou 25 (vinte e cinco) anos, nos termos do disposto nos arts. 57 e 58 da Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991, quando cumpridos:

- a) 55 (cinquenta e cinco) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 15 (quinze) anos de contribuição;
- b) 58 (cinquenta e oito) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 20 (vinte) anos de contribuição; ou
- c) 60 (sessenta) anos de idade, quando se tratar de atividade especial de 25 (vinte e cinco) anos de contribuição;

Percebe-se do texto da nova lei que o risco até então protegido, que tinha função preventiva da saúde do trabalhador, tem seu fato gerador modificado e, com ele, a essência e a razão de ser da excepcionalidade dessa aposentadoria se esvaziaram, fazendo com que a aposentadoria especial perdesse seu objeto, qual seja a proteção da saúde do trabalhador.

Em uma conta rápida, se antes da reforma da previdência era possível o segurado se aposentar com 50 anos de idade, por exemplo, com a comprovação de 25 anos de atividade especial, após a Reforma esse mesmo trabalhador não conseguiria se aposentar e precisaria trabalhar até os 56 anos de idade para se aposentar, ou seja, mesmo após comprovar os 25 anos de exposição ao agente nocivo, o segurado irá precisar trabalhar por mais 06 anos na atividade prejudicial a sua saúde para alcançar os 86 pontos na regra de transição.

Além disso, após a reforma não é mais possível converter o tempo de atividade especial exercido após a Reforma da Previdência em tempo de contribuição comum.

Relembrando que o conceito de aposentadoria especial se consagrou na legislação trabalhista como “um benefício de incapacidade presumida, concedida ao segurado que tiver trabalhado sujeito a condições que prejudiquem a saúde ou a integridade física” (LEMES, 2016, p. 129); e ainda como “uma espécie de aposentadoria por tempo de contribuição, com redução do tempo necessário à inativação, concedida em razão do exercício de atividades consideradas prejudiciais à saúde ou a integridade física” (CASTRO e LAZZARI, 2011, p.637)

No entanto, o que vemos tanto na regra de transição como na regra de permanente, seja de forma indireta ou direta, é a obrigatoriedade de idade ao segurado para a concessão do benefício.

De forma indireta na regra de transição porque, embora não exista a exigência de uma idade mínima, exige, para atividades de baixo risco, as mais comuns, que o segurado acumule 86 pontos.

Assim, não basta o segurado ter 25 anos de exposição habitual e permanente ao agente nocivo, ainda precisa ter mais 61 pontos, que são alcançados somando a idade do segurado a outros períodos de contribuição.

Bem como, a nova regra institui o critério de idade de forma direta na regra permanente, ou seja, para aqueles filiados ao regime da Previdência após a entrada em vigor da EC 103 de 13 de novembro de 2019.

Evidente que a determinação de idade mínima para a concessão da aposentadoria especial é um retrocesso na proteção dos direitos dos trabalhadores.

Pois vejamos, a primeira lei publicada no Brasil, Lei n.º 3.807/1960, se comparada com a regra atual ainda era mais “benéfica”, eis que previa a possibilidade da aposentadoria especial com a idade mínima de 50 anos, e a nova lei prevê idade mínima de 60 anos de idade nas atividades especiais de 25 anos de contribuição.

É nítido que, caso haja recepção da EC nº 103 de 13 de novembro de 2019 pela Constituição Federal, a longo prazo, a obrigatoriedade de o segurado atingir uma idade mínima, além do período de efetiva exposição ao risco, para que lhe seja concedida aposentadoria especial acarretará em inúmeros impactos ao segurado notadamente no que diz respeito a sua saúde.

O aumento de tempo de exposição a agentes nocivos pode acarretar em uma diminuição de aposentadorias especiais e em

contrapartida aumentar os benefícios de auxílio doença e aposentadoria por invalidez, uma vez que muitos trabalhadores permanecerão desempenhando suas atividades com exposição a agentes nocivos até que atinjam todos os requisitos para a aposentadoria especial, notadamente a idade mínima.

Lembremos que o objetivo jurídico da aposentadoria especial originalmente sempre foi a proteção da saúde do trabalhador que executa suas atividades laborais em condições especiais, adversas à saúde, e que por isso, necessitam de proteção singular da previdência social.

Os riscos da perda desse direito implicam diretamente na qualidade de vida de trabalhador podendo aumentar o número de acidentes e de incapacidades para o trabalho.

Não obstante a tais questões, ainda houve alteração na forma de cálculo do valor da aposentadoria que durante todos os anos, desde quando foi instituída, teve um cálculo diferenciado dos demais benefícios diante do seu caráter de excepcionalidade e de sua função eminentemente preventiva da saúde do trabalhador.

A EC 103 de 13 de novembro de 19 trouxe praticamente uma única regra para a maioria dos benefícios previdenciários, disposta no artigo 26 e define que o cálculo de benefício da aposentadoria especial partirá de 60% da média salarial de todas as contribuições, com acréscimo de 2% a cada ano que exceder o tempo mínimo de contribuição de 20 anos e nas atividades que exijam no 15 anos exposição o acréscimo de 2% se dará a partir do 16º ano de atividade para homens e mulheres.

Isto posto, analisando o conjunto de regras, requisitos e o cálculo do valor da aposentadoria, notamos que os trabalhadores contemplados com o direito a aposentadoria especial irão se aposentar praticamente no mesmo tempo que o exigido pela regra comum.

Importante frisar que outra alteração significativa e extremamente desfavorável ao segurado trazida pela EC 103 de 13 de novembro de 2019 foi a vedação da conversão da atividade especial em comum, para aquelas atividades desenvolvidas após a publicação da emenda constitucional.

No que tange à utilização de Equipamentos de Proteção Individual – EPI para neutralizar os agentes nocivos à saúde do trabalhador sua eficácia é muito contestada.

A informação sobre a eficácia ou não do EPI é feita pela própria empresa, no preenchimento do formulário Perfil Profissiográfico

Previdenciário - PPP, cujo preenchimento, em tese, deve ser feito com base no Laudo Técnico de Condições Ambientais do Trabalho (LTCAT), que também é de sua responsabilidade a elaboração.

Não pode ser presumida neutralidade nas informações prestadas no PPP sendo que a empresa é responsável pela elaboração desse laudo técnico, bem como pelo preenchimento do formulário fornecido ao segurado, o que irremediavelmente compromete a confiabilidade das informações ali prestadas.

Ao compararmos todas as legislações anteriores com a EC 103 de 13 de novembro de 2019 no que se refere a aposentadoria especial notamos que houve alteração do conceito deste tipo de aposentadoria.

Se antes o benefício consistia como medida preventiva da saúde do trabalhador, retirando-o mais cedo do ambiente nocivo, antes que sofresse efetivamente os efeitos indesejados do ambiente de trabalho hostil, após a EC 103 de 13 de novembro de 2019 ela precisa de nova definição, pois a proteção da saúde do trabalhador não é mais o objetivo.

A obrigatoriedade da idade mínima como requisito para a concessão da aposentadoria especial viola o princípio da isonomia, pois se tornou mais um óbice para aqueles trabalhadores que laboram em condições especiais possam se aposentar. Além disso, deixa de levar seriamente em consideração as próprias condições em que este labor é desenvolvido, configurando claramente um retrocesso social.

Outrossim, a EC 103 de 13 de novembro de 2019 mas não indicou nenhum planejamento que busque garantir melhores condições de trabalho a estes trabalhadores, mas ao contrário, essas alterações, feitas sem base em um estudo epidemiológico e técnico, aumentam as possibilidades do prejuízo efetivo à saúde e as chances de incapacidade temporária ou definitiva e, nesse caso, a proteção virá em forma reparadora e não preventiva como deveria ser.

Em vez de se adotar o pensamento de reduzir o tempo de exposição, a EC 103 de 13 de novembro de 2019 obrigatoriamente estabeleceu a continuidade do segurado no ambiente laboral nocivo, até completar a idade mínima necessária, o que causará efetivamente danos à saúde que, por todos esses anos, procurou-se proteger.

Ao passo que a redação do artigo 201, § 1º da Constituição Federal veda e critérios diferenciados para benefícios do Regime Geral, ao mesmo tempo se utiliza do princípio da isonomia para garantir proteção distinta a dois grupos de aposentáveis: aos segurados com

deficiência e aos que se encontrem em efetiva exposição a agentes nocivos.

Ao obrigar o segurado a cumprir com o requisito de idade mínima, além do tempo de contribuição com comprovada exposição a agente nocivo, a garantia de diferenciação desses dois grupos perde a eficiência esperada, deixando o trabalhador claramente desprotegido.

No que tange a recepcionalidade da norma em questão pela Carta Magna, cumpre frisar que foi ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Indústria a ADI 6309, que tramita no Superior Tribunal Federal - STF, e cujo objeto é, dentre outros, o pedido de declaração da inconstitucionalidade do art. 19, §1º, inciso I, alíneas “a”, “b” e “c”, da Emenda 103 que estabelece idades mínimas para a aposentadoria especial por insalubridade dos segurados do regime geral de previdência social

Cumpre salientar que o STF já se manifestou no Tema 709, de repercussão geral, no sentido de que é “É vedada a continuidade da percepção de aposentadoria especial se o beneficiário permanece laborando em atividade especial”, na decisão delineada pela Suprema Corte no RE nº 791961.

No que se refere a ADI 6309, atualmente ela está concluso ao relator desde 18/10/2021 sem que tenha sido proferida nenhuma decisão sobre os pedidos firmados na inicial da ADI.

5 CONCLUSÃO

No Direito Previdenciário, assim como em outras áreas do direito, há princípios que jamais devem deixar de ser observados, pois, ao instituírem um objetivo central, o dever é de proteger o trabalhador, o qual tanto contribui para o crescimento do país.

Nesse sentido, a saúde é destaque no texto constitucional que em seu art. 7º, inciso XXII, garante ao trabalhador o direito de ter a sua saúde protegida dos malefícios oriundos das condições nocivas da atividade laboral, sendo dever do empregador reduzir os riscos inerentes à atividade laboral, e o Estado deve fiscalizar e punir aqueles que não cumprem as normas de saúde, higiene e segurança do trabalho.

Ademais, temos também o princípio da Dignidade da Pessoa Humana que está previsto no inciso III, artigo 1º da Constituição Federal de 1988, e é um direito dos cidadãos brasileiros e constitui um dos

fundamentos do Estado Democrático de Direito da República Federativa do Brasil.

Tais princípios são os pilares do direito brasileiro e devem ser respeitados por todos, inclusive e principalmente os Entes públicos que devem buscar garantir o pleno exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos.

Decorrente deste entendimento temos o princípio da Proibição ao Retrocesso Social, que tem o condão de preservar os direitos sociais adquiridos ao longo do tempo, como é o caso do direito a previdência social, previsto no artigo 6º da Constituição Federal, e que no contexto está totalmente ligado a aposentadoria especial que foi criada para dar “proteção” a saúde do trabalhador.

É evidente que as leis são mutáveis e devem se adaptar as novas realidades que se apresentam e por isso mesmo estão em constante mudança, mas o legislador deve se atentar que ao modificar ou criar uma lei, é necessário respeitar os direitos fundamentais e básicos que jamais podem ser retirados, principalmente para não ferir a dignidade da pessoa humana

No presente artigo buscamos responder se as alterações trazidas pela emenda constitucional, referente a idade mínima para aposentadoria especial, de fato pode ou não ser recepcionada pelo ordenamento jurídico atual, ou seja, seria ou não constitucional este requisito.

Por isso, por meio de análise da legislação, da doutrina e da jurisprudência buscou-se desenvolver um estudo que trouxesse enfoque nesse questionamento específico.

Por todo o estudo realizado é possível presumir que a alteração trazida pela EC 103 2019, vigente desde 13/11/2019, segundo a qual para se ter direito à concessão de aposentadoria especial, é necessária a comprovação do requisito etário, isto é, deve-se demonstrar idade mínima não pode ser recepcionada pela Constituição Federal.

Por todo o exposto, é possível sinalizar que futuramente deverá ser declarada da inconstitucionalidade do trecho da EC 103 de 13 de novembro de 2019 que estabelece o requisito de idade mínima para a concessão da aposentadoria especial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Instituto Nacional do Seguro Social. **Manual de Aposentadoria Especial/Instituto Nacional do Seguro Social**. Brasília, DF, 2017.

BRASIL. **Lei nº 8.213, de 24 de julho de 1991**. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1991]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 9.032, de 28 de abril de 1995**. Dispõe sobre o valor do salário mínimo, altera dispositivos das Leis nº 8.212 e nº 8.213, ambas de 24 de julho de 1991, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1995]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9032.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **Lei nº 3.807, de 26 de agosto de 1960**. Dispõe sobre a Lei Orgânica da Previdência Social. Brasília, DF: Presidência da República, [1960]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1950-1969/L3807.htm. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [1988]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 19 jul. 2020.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 103, de 12 de novembro de 2019**. Altera o sistema de previdência social e estabelece regras de transição e disposições transitórias. Brasília, DF: Presidência da República, [2019]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc103.htm. Acesso em: 18 ago 2022.

BRASIL. **Instrução Normativa 971/2009**. Dispõe sobre normas gerais de tributação previdenciária e de arrecadação das contribuições sociais destinadas à Previdência Social e as destinadas a outras entidades ou fundos, administradas pela Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB). Brasília, DF: Presidência da República, [2009]. Disponível em: <http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=15937>. Acesso em: 18 dez. 2022.

BRASIL. **RE nº 791961**. Brasília, DF: Supremo Tribunal Federal [Tribunal Pleno], 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur429545/false>. Acesso em: 18 dez. 2022.

CASTRO, Carlos Alberto Pereira; LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 13. ed. São Paulo: Conceito, 2011.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial: teoria e prática**. 6. ed. Curitiba: Juruá, 2022.

LADENTHIN, Adriane Bramante de Castro. **Aposentadoria especial no Brasil: evolução, regime jurídico e reformas**. Curitiba: Alteridade Editora, 2021.

LEMES, Emerson Costa. **Manual dos Cálculos Previdenciários: benefícios e revisões**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2016

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. Aposentadoria Especial e a sua Evolução Normativa no Tempo. **Revista Brasileira de Direito Previdenciário** - Porto Alegre: Magister, 2011 – Bimestral. v. 4 (ago./set.2011) 54p.

RIBEIRO, Maria Helena Carreira Alvim. **Aposentadoria especial: regime geral da previdência social**. 10. ed. Curitiba: Juruá, 2020.

A RESPONSABILIDADE POR OBRAS DE SANEAMENTO EM LOTEAMENTOS IRREGULARES EM FACE DA OMISSÃO DO LOTEADOR

Fernanda de Mello Molardi³⁶

Resumo

O presente artigo busca investigar a responsabilidade relacionada às obras de saneamento básico em loteamentos privados onde a figura do loteador permanece inerte no dever de ofertar a infraestrutura básica de saneamento. A análise se desenvolverá através de pesquisa exploratória sem interferência humana, com abordagem qualitativa, através do método de abordagem de pesquisa teórica e técnica de pesquisa por documentação, sobretudo a pesquisa bibliográfica e jurisprudencial. O objetivo geral é apurar a responsabilidade civil dos atores envolvidos, principalmente das concessionárias do serviço de saneamento básico, nos casos de loteamentos irregulares desprovidos de serviços de saneamento. O artigo apresenta um estudo de caso judicial que contou com a atuação da equipe do Escritório Modelo de Assessoria Jurídica/EMAJ da Universidade Federal do Rio Grande/FURG, no intuito de se buscar a condenação da concessionária que presta serviços de saneamento no Município do Rio Grande/RS.

Palavras-chaves: saneamento básico; loteamento irregular; direito à cidade sustentável.

RESPONSIBILITY FOR SANITATION WORKS IN IRREGULAR ALLOTMENTS DUE TO THE OMISSION OF THE DEVELOPER

Abstract

This article seeks to investigate the responsibility related to basic sanitation works in private subdivisions where the figure of the developer remains inert in the duty of offering basic sanitation infrastructure. The analysis will be developed through exploratory research without human interference, with a qualitative approach, through the method of theoretical research approach and documentation research technique, especially bibliographical and jurisprudential research. The general objective is to determine the civil liability of the actors involved, mainly the basic sanitation service concessionaires, in cases of irregular subdivisions devoid of sanitation services. The article presents a study of a judicial case that involved the work of the Escritório Modelo de Assessoria Jurídica/EMAJ team

³⁶ Advogada. Especialista em Prática Jurídica Social pela FURG (2022).

of the Federal University of Rio Grande/FURG, in order to seek the condemnation of the concessionaire that provides sanitation services in Rio Grande/RS.

Keywords: basic sanitation; irregular subdivision; right to a sustainable city.

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo trata de procurar diagnosticar de quem é a responsabilidade civil sobre as obras de infraestrutura de saneamento básico em loteamentos habitacionais quando o loteador é omissor no seu dever de prover a infraestrutura correspondente. Como hipótese inicial, sugere-se que é possível sustentar a responsabilidade das empresas concessionárias, sejam públicas, sejam privadas, pela implementação dos serviços de saneamento básico, ainda que o ator privado responsável pelo loteamento reste inerte.

A escolha do presente tema se deu devido à existência de um processo em tramitação no Escritório Modelo de Advocacia Jurídica – EMAJ da FURG, no qual a autora atua. No referido processo, a parte assistida demandava por instalação de estrutura sanitária na rua em que reside em face da concessionária dos serviços de saneamento básico no município do Rio Grande, a Companhia Riograndense de Saneamento – CORSAN.

Trata-se de um conflito urbano bastante vislumbrado nas cidades brasileiras: loteamentos urbanos nos quais o ator privado efetua a venda de lotes a particulares sem preceder às obras necessárias aos serviços essenciais. Nessas situações, não raramente o particular que, de boa-fé, adquire um lote, se vê desprovido de serviços essenciais, como energia elétrica e saneamento básico. Quando o loteador não cumpre todas as suas responsabilidades, seria possível o concessionário se abster, deixando o adquirente, geralmente leigo, desamparado?

A presente pesquisa, ao buscar investigar a responsabilidade jurídica dos atores envolvidos em situações análogas, apresenta uma evidente relevância social: averiguar a viabilidade de uma tese jurídica que, ao ser recepcionada no momento decisório, possa contribuir para a efetivação de direitos fundamentais de pessoas e/ou grupos em situação de vulnerabilidade social.

O objetivo geral do presente estudo é apurar a responsabilidade das concessionárias dos serviços de saneamento básico, sejam públicas sejam privadas, em face da omissão dos atores privados (loteadores) em

disponibilizar os serviços de saneamento básico em loteamentos. Serão utilizados os seguintes objetivos específicos: investigar o direito fundamental ao saneamento básico compreendendo a problemática dos espaços urbanos desprovidos dele; estudar a responsabilidade dos atores privados e públicos na prestação dos serviços de saneamento básico em loteamento desprovidos dos serviços de infraestrutura e, finalmente, analisar o processo cuja condução foi patrocinado pelos advogados residentes do Escritório Modelo de Assessoria Jurídica/EMAJ da FURG.

Para o presente projeto foi realizada pesquisa exploratória sem nenhuma interferência humana, com abordagem qualitativa, através do método de abordagem à pesquisa teórica, pela técnica de pesquisa por documentação bibliográfica e jurisprudencial, especialmente o estudo de caso do processo relativo ao tema que tramita no EMAJ da FURG.

2 O DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO E À CIDADE SUSTENTÁVEL

O constitucionalismo social de 1988 reconheceu a preocupação do Estado com a garantia de um meio ambiente sustentável, incluindo uma especial atenção aos espaços urbanos. Nesse contexto, a temática do saneamento básico e do planejamento urbano conquistaram espaço nas esferas políticas de discussão legislativa e de elaboração de políticas públicas.

Primeiramente é imprescindível definir o que seria saneamento básico. Nos termos da Lei 11.445/2007 - “Lei do Saneamento Básico”, recentemente alterada pela Lei 14.026/2020, em seu artigo 3º, inciso I, os serviços públicos de saneamento básico são os seguintes: abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas.

A seguir, cabe debater acerca do Direito à Cidade Sustentável. Segundo Cafrune (2016, p. 187), o debate começou a ser introduzido no Brasil a partir da década de 80, quando a sociedade brasileira passou a buscar conquistas democráticas e liberdade de organização social, sindical e política, tendo como centralidade os direitos sociais urbanos, ou seja, o direito a cidade. Nesse contexto, foi incluído na Constituição de 1988 um capítulo sobre a Política Urbana, restando assegurado que a política de desenvolvimento urbano tem por objetivo

ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (artigo 182, caput CF).

O acesso ao saneamento básico se inclui no debate acerca do direito à cidade. Os serviços de saneamento foram definidos pela Lei 11.445/2007 como o conjunto de serviços públicos, infraestruturas e instalações operacionais de abastecimento de água potável; esgotamento sanitário; limpeza urbana e manejo de resíduos sólidos; e drenagem e manejo de águas pluviais urbanas (artigo 3º, I).

Carcará, Silva e Neto expõem que o direito ao saneamento básico deve ser inseridos na esfera de direitos fundamentais dos cidadãos. De acordo com os autores, “é autêntica a constatação de que, para a efetiva proteção ambiental, o saneamento básico deve figurar entre os primeiros critérios de garantia do mínimo existencial, por representar as condições básicas para a dignidade da vida humana” (2019, p. 494). No entanto, embora a lei de 2007 tenha previsto a busca pela universalização dos serviços, a concretização das metas ainda se mostra distante de concretização. A frequente alegação de insuficiência orçamentária, utilizada para justificar o déficit de investimentos no setor, encontra respaldo na noção de reserva do possível. No entanto, esta “escassez de recursos econômicos (reserva do possível) não pode ser aceita quando fere diretamente o mínimo existencial que remete à dignidade da pessoa humana” (2019, p. 495).

No país e no cenário atual existe um conjunto expressivo de pessoas que não têm acesso ao saneamento básico. Segundo o Instituto Trata Brasil (BRASIL, 2019), um percentual de 48% da população não tem acesso à coleta de esgoto e 35 milhões de brasileiros sequer têm acesso à água tratada.

Este cenário sem sombra de dúvidas prejudica a saúde das pessoas, como é possível visualizar apenas comparando a realidade de quem vive nessas condições com os habitantes de regiões com estruturas melhores. Segundo a Fundação Nacional de Saúde - FUNASA (BRASIL, 2021), órgão do Ministério da Saúde:

Os riscos à saúde pública estão ligados a alguns fatores possíveis e indesejáveis de ocorrerem em áreas urbanas e rurais, os quais podem ser minimizados ou eliminados com o uso apropriado de serviços de saneamento. A utilização de água potável, por exemplo, é vista como o fornecimento de alimento

seguro à população. O sistema de esgoto promove a interrupção da cadeia de contaminação humana. Já a melhoria da gestão dos resíduos sólidos(lixo), reduz o impacto ambiental e elimina ou dificulta a proliferação de vetores de doenças.

A nível internacional a Organização das Nações Unidas - ONU declarou em 2010 que o acesso à água limpa e segura e ao saneamento básico são direitos humanos fundamentais através da Resolução A/RES/64/292. Benzeval, Bond e Campball (2017, pg. 1) ainda afirmam que a falta de recursos financeiros está associada aos problemas de saúde desde o século XVIII. “Nos séculos XVIII e XIX, as ligações entre baixospadrões de vida e problemas de saúde eram fáceis de ver - moradia e saneamento precários, desnutrição e empregos perigosos levavam a doenças infecciosas, problemas de saúde e lesões³⁷”.

Segundo Leoneti, Prado e Oliveira (2011, p. 333) não há dúvidas de que sistemas de abastecimento de água e esgotamento sanitário trazem benefícios gerais relacionados à saúde da população, primordialmente no nível de desenvolvimento da localidade atendida. No entanto, os mesmos autores (2011, p. 345) também verificaram que a falta de clareza sobre as competências públicas dificulta a visão global dos investimentos, que devem atender requisitos técnicos, ambientais, sociais e econômicos, de forma a trabalhar no conceito de desenvolvimento sustentável de preservação e conservação do meio ambiente, em especial dos recursos hídricos que já apresentam sinais de deterioramento.

Em busca de referências para demonstrar o carácter essencial do saneamento básico, o estudo de Dias, Raiol e Nonato (2017, p.11) esclarece que não há como se falar em bem-estar social sem antes compreender que ele depende do meio ambiente sadio, e este é direito fundamental, compondo, portanto, a esfera de dignidade da pessoa.

Nesse intuito, no início do ano de 2021 foi aprovada por unanimidade pelo Senado a Proposta de Emenda Constitucional – PEC 4/2018 que coloca o acesso à água potável dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais na Constituição Federal, a fim de possibilitar meios de

³⁷ No original: “In the eighteenth and nineteenth centuries, the links between low living standards and health problems were easy to see – poor housing and sanitation, malnourishment and hazardous jobs led to infectious diseases, health problems and injuries”.

vida, bem-estar e desenvolvimento socioeconômico a todos³⁸. Na atualidade a água faz parte dos direitos fundamentais de terceira geração, que para Castro (2013, p. 2) seriam os direitos de fraternidade ou de solidariedade, ou seja, se destinam à proteção de grupos humanos, se afastando do indivíduo e enxergando a coletividade.

Demonstrando ainda a importância do tema, dentre os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável, o saneamento básico está na prioridade da ONU, para que seja alcançado por todos até 2030, senão, vejamos:

Objetivo 6. Assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos

Até 2030, alcançar o acesso universal e equitativo a água potável e segura para todos

6.1 Até 2030, alcançar o acesso a saneamento e higiene adequados e equitativos para todos, e acabar com a defecação a céu aberto, com especial atenção para as necessidades das mulheres e meninas e daqueles em situação de vulnerabilidade

6.2 Até 2030, melhorar a qualidade da água, reduzindo a poluição, eliminando despejo e minimizando a liberação de produtos químicos e materiais perigosos, reduzindo à metade a proporção de águas residuais não tratadas e aumentando substancialmente a reciclagem e reutilização segura globalmente

6.3 Até 2030, aumentar substancialmente a eficiência do uso da água em todos os setores e assegurar retiradas sustentáveis e o abastecimento de água doce para enfrentar a escassez de água, e reduzir substancialmente o número de pessoas que sofrem com a escassez de água

6.4 Até 2030, implementar a gestão integrada dos recursos hídricos em todos os níveis, inclusive via cooperação transfronteiriça, conforme apropriado

6.6 Até 2020, proteger e restaurar ecossistemas relacionados com a água, incluindo montanhas, florestas, zonas úmidas, rios, aquíferos e lagos

³⁸ Ementa:

Inclui, na Constituição Federal, o acesso à água potável entre os direitos e garantias fundamentais. Sendo remetida agora para a Câmara dos Deputados como PEC 6/2021 <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=22772>

6.a Até 2030, ampliar a cooperação internacional e o apoio à capacitação para os países em desenvolvimento em atividades e programas relacionados à água e saneamento, incluindo a coleta de água, a dessalinização, a eficiência no uso da água, o tratamento de efluentes, a reciclagem e as tecnologias de reuso

6.b Apoiar e fortalecer a participação das comunidades locais, para melhorar a gestão da água e do saneamento (ONU, 2021, grifo do autor).

Porém, para alcançar o almejado é necessário investimento massivo. Pelo estudo realizado por Leoneti, Prado e Oliveira, pode-se estimar quais seriam esses valores:

Em números absolutos, para que a universalização dos serviços de água e esgoto no Brasil fosse alcançada em 2025, seria necessário que fossem investidos, em média, R\$ 11 bilhões todos os anos, a partir do ano de 2006 até o ano de 2024 (Aesbe, 2006). Todavia, de acordo com os dados do Snis (2007), em 2006, o total de investimentos efetivamente realizados no setor de saneamento brasileiro foi de apenas R\$ 4,5 bilhões (sendo R\$ 1,8 bilhão em coleta e tratamento de esgoto). Este ainda é um reflexo de anos anteriores, quando o investimento foi, em média, R\$ 3,9 bilhões, considerado o período de 2003 a 2006, atualizados para dezembro de 2006, utilizando-se o Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). (2011, p. 336).

Cabe ressaltar que a Constituição Federal expõe as diretrizes para a política de desenvolvimento urbano em seus artigos 182 e 183, os quais foram regulamentados pelo Estatuto da Cidade – Lei 10.257 de 2001 a fim de proporcionar aos cidadãos o Direito a Cidade Sustentável através de normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar, bem como do equilíbrio ambiental.

Entre as diretrizes do Estatuto da Cidade, o saneamento se destaca: (BRASIL, 2021):

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da

cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

[...]

XVIII - tratamento prioritário às obras e edificações de infraestrutura de energia, telecomunicações, abastecimento de água e saneamento. (Incluído pela Lei nº 13.116, de 2015)

Art. 3º Compete à União, entre outras atribuições de interesse da política urbana:

[...]

III - promover, por iniciativa própria e em conjunto com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, programas de construção de moradias e melhoria das condições habitacionais, de saneamento básico, das calçadas, dos passeios públicos, do mobiliário urbano e dos demais espaços de uso público; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência)

IV - instituir diretrizes para desenvolvimento urbano, inclusive habitação, saneamento básico, transporte e mobilidade urbana, que incluam regras de acessibilidade aos locais de uso público; (Redação dada pela Lei nº 13.146, de 2015) (Vigência).

Resta, portanto, evidente a sua importância para o correto desenvolvimento sustentável não só das cidades, como do país. Já na próxima seção será verificado a quem cabe, se ao setor público ou privado, a responsabilidade sobre os loteamentos urbanos ainda desprovidos de saneamento básico.

3 A RESPONSABILIDADE DAS CONCESSIONÁRIAS DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO NOS LOTEAMENTOS URBANOS DESPROVIDOS DOS SERVIÇOS DE SANEAMENTO BÁSICO

Inicialmente é preciso compreender como o Brasil enxerga a questão de divisão do solo em suas terras. Para se lotear espaços urbanos, uma das exigências é que seja feito o saneamento básico do local,

conforme Lei do Parcelamento do Solo – Lei nº 6.766/79 e alterações introduzidas pela Lei 11.445/2007 (BRASIL, 2021):

Art. 2º – O parcelamento do solo urbano poderá ser feito mediante loteamento ou desmembramento, observadas as disposições desta Lei e as das legislações estaduais e municipais pertinentes. [...]

§ 5º A infraestrutura básica dos parcelamentos é constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação.

No entanto, existe no Brasil quantidade significativa de loteamentos irregulares, ou seja, aqueles que inicialmente foram constituídos dentro da lei, porém na sequência perderam as conformidades de sua execução. Soma-se a esse quadro, a noção de loteamentos clandestinos, os quais o poder público nem ao menos ficou ciente de sua construção, ocupando, em geral, propriedade alheia, seja pública ou privada, de forma desordenada e densa, carente dos serviços essenciais (SIMPLÍCIO, SIMOKOMAKI, OURIQUE, 2019, p.13.).

Em inúmeras situações, estes loteamentos, em que pese habitados por coletividades significativas de pessoas, permanecem desprovidos dos serviços de saneamento básico. Trata-se de casos em que a ocupação irregular ocorreu de forma desordenada, sem articulação com o poder público, ou casos em que, o loteador do espaço urbano efetua a venda dos lotes, mas não conclui os serviços de saneamento básico. Neste contexto, o conjunto de moradores deste loteamento resta desprovido dos serviços essenciais de saneamento, não podendo demandar às concessionárias a ligação dos serviços (na medida em que a rede de saneamento que serve o referido loteamento deveria ter sido ofertada pelo próprio loteador). O quadro de conflito social que se desenha nessas situações apresenta o seguinte impasse: tendo em vista que os loteamentos são habitados geralmente por grupos em situação de vulnerabilidade social, quem deve arcar com os custos das obras de saneamento básico?

A Constituição Federal classifica saneamento básico como serviço essencial por meio de lei, sendo assim: “São essenciais os serviços públicos assim considerados por lei ou os que pela própria natureza são tidos como de necessidade pública, e em princípio, de execução privativa

às Administração Pública” (GASPARINI apud BERTOCCELLI, OLIVEIRA, POZZO, 2017, p. 584).

O Governo Federal expôs que em 2020 o Brasil contava com 35 milhões de pessoas sem acesso à água tratada, além de mais de cem milhões sem o serviço de coleta de esgoto. Com o advento do novo marco regulatório, a pretensão é garantir o atendimento de 99% da população com água potável e 90% com tratamento e coleta de esgoto, até o dia 31 de dezembro de 2033 (BRASIL, 2020). Indo ao encontro das metas da ONU, que pretende assegurar a disponibilidade e gestão sustentável da água e saneamento para todas e todos até o ano de 2030, ficando estabelecido que este prazo pode se estender até mais sete anos do previsto inicialmente no país.

No entanto, o cenário atual demonstra as dificuldades dessa realização, pois de acordo com pesquisa realizada pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística em 2017 (IBGE, 2017), dos 3.299 municípios brasileiros que possuíam rede de esgoto, apenas 61,6% tinham fiscalização para implementação de sistema de esgotamento sanitário em loteamentos novos, geralmente em cidades maiores. Isso contribui para que esses loteamentos se abstenham da responsabilidade de realizar a correta implementação dos serviços essenciais, passando a serem irregulares e por consequência, retornando a responsabilidade para o poder público.

Situação que expõe a falha do poder público em corretamente fiscalizar no momento onde a infraestrutura está sendo instalada pelo empreendedor privado que legalmente adquiriu o direito de parcelar o solo para dele auferir lucro com a exploração de sua comercialização, com o ônus de arcar com a instalação dos serviços essenciais, entre eles a coleta do esgoto e abastecimento de água, custos estes que são repassados para o consumidor final.

No entanto, a partir do momento que o empresário já conseguiu o que lhe cabia, ou seja, obter lucro com a venda dos lotes, nada mais é esperado dele. Nesse sentido, caso a fiscalização proveniente do poder público não tenha acontecido e restar falhas na implementação dos sistemas de saneamento básico, as pessoas adquirentes dos lotes devem recorrer a quem para ter seu direito garantido?

Cabe ressaltar que os serviços de abastecimento de água e coleta de esgoto acontecem de forma constante, sendo cobrados mensalmente

dos adquirentes de lotes, nesse sentido, parece claro haver interesse das empresas que prestam esse serviço na infraestrutura.

Essas empresas atuam na área através de concessão de serviços públicos, nos termos da lei nº 8.987/95, alterada pela Lei 14.133 do ano de 2021, ou seja, elas comercializam os serviços de abastecimento de água e destinação da coleta de esgoto, sendo monetizadas por oferecer serviço essencial, como explicado anteriormente, de responsabilidade, portanto, da administração pública. A lei esclarece o funcionamento desta concessão da seguinte forma:

Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

I - poder concedente: a União, o Estado, o Distrito Federal ou o Município, em cuja competência se encontra o serviço público, precedido ou não da execução de obra pública, objeto de concessão ou permissão;

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegados pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade concorrência ou diálogo competitivo, a pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado; (Redação dada pela Lei nº 14.133, de 2021)

IV - permissão de serviço público: a delegação, a título precário, mediante licitação, da prestação de serviços públicos, feita pelo poder concedente à pessoa física ou jurídica que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco. (BRASIL, 2021)

Em suma, o serviço de saneamento básico é de titularidade do poder público, exercido através de empresas concessionárias, as quais podem, por sua vez, ser públicas ou privadas. A questão que se apresenta neste trabalho é: seria possível buscar a condenação de outros atores (sejam públicos, sejam privados) para a realização dos serviços de saneamento no caso de loteamentos desprovidos de tais serviços? Superando-se a lógica da reserva do possível e reconhecendo-se a necessidade de efetivação do direito fundamental ao saneamento básico, busca-se averiguar juridicamente a viabilidade desta tese.

Dois aspectos devem aqui ser salientados: (a) o poder público possui o dever de fiscalização no espaço urbano, devendo evitar a comercialização de loteamentos desprovidos de serviços essenciais; (b) tratando-se de áreas urbanizadas, não raramente, o poder público realiza a cobrança de tributos mesmo em áreas ainda desprovidas dos serviços de saneamento básico.

A jurisprudência expressa ser subsidiária a responsabilidade do poder público nos casos que foi omissa em fiscalizar a implementação do loteamento privado, costumando chamar tanto a concessionária como o poder público para responderem ações judiciais que visam a realização da infraestrutura de saneamento ainda inexistente. É o que se observou no REsp de número 1164893/SE: “o acórdão recorrido manteve condenação do loteador, da Empresa Municipal de Obras e Urbanização - EMURB e do Município de Aracaju na obrigação de executar todas as obras de infraestrutura necessárias à urbanização total do loteamento.”

Assim também é o entendimento do REsp 1.394.701/AC, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, julgado em 17/9/2015: “é subsidiária a responsabilidade do ente municipal pelas obras de infraestrutura necessárias à regularização de loteamento privado, quando ainda é possível cobrar do loteador o cumprimento de suas obrigações”.

No entanto, havendo um contrato de concessão dos serviços de saneamento básico, parece adequado que a concessionária seja, ao final, responsabilizada pela realização de tais obras. Ora, sendo a concessionária que realizará a cobrança do particular pela disponibilização do serviço de saneamento e sendo ela que possui obrigações contratuais de busca da universalização do serviço, não parece razoável que a municipalidade reste com este dever solidário.

Com base no apresentado acima, a próxima seção pretende estudar o caso que motivou o presente trabalho, demonstrando todos os

argumentos apresentados tanto pela parte autora, como pela parte ré – concessionária, assim como o entendimento do judiciário para resolver a questão.

4 A ATUAÇÃO DO EMAJ NA DEFESA DO DIREITO FUNDAMENTAL AO SANEAMENTO BÁSICO

O objetivo dessa seção é analisar decisão que motivou o desenvolvimento deste artigo, do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, onde o Escritório Modelo de Advocacia Jurídica da FURG – EMAJ – atendeu uma assistida residente em um loteamento realizado pela iniciativa privada – Stella Maris, no Bairro Cassino, na Cidade de Rio Grande, estado do Rio Grande do Sul. Tratava-se de caso em que o lote residencial da assistida estava desprovido do serviço de saneamento básico, embora o núcleo habitacional já estivesse consolidado há razoável período de tempo, sem qualquer expectativa de que o loteador concluísse tais obras.

Foi solicitada a Tutela de Urgência, por se tratar de serviço de utilidade pública de notória necessidade. Porém com a defesa da concessionária, ela foi negada, com base no Regulamento dos Serviços de Água e Esgoto – RSAE/AGERGS, que entre outros expõe:

Art. 13 – A implantação dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário do parcelamento do solo será custeada pelo interessado, de acordo com os projetos previamente aprovados pela CORSAN.

§ 1º – Para fins de aprovação, os projetos dos sistemas de abastecimento de água e de esgotamento sanitário deverão obedecer às normas da ABNT e da CORSAN, devendo o interessado apresentar o projeto urbanístico ou anteprojeto referendado pela Prefeitura Municipal, as respectivas Anotações de Responsabilidade Técnica junto ao CREA, bem como quaisquer outros elementos técnicos que venham a ser exigidos pela CORSAN.

Ainda no despacho de indeferiu a Tutela de Urgência, foi apresentado pelo juízo a seguinte Ação Civil Pública, sob o nº 023/1.11.0007092-8, em trâmite no Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, exatamente contra os loteadores privados do Stella Maris. Na referida

Ação Civil Pública os empreendedores foram condenados a implementar a infraestrutura básica do loteamento.

Trazendo à tona o decorrido na referida Ação Civil Pública, movida pelo Ministério Público, onde ouve a condenação no ano de 2015 para que o loteador privado arcasse com a responsabilidade de implantação do sistema de saneamento básico, a alegação deste consistia de que a aprovação pelo Município do referido loteamento se deu em meados dos anos 50, anteriores, portanto, a Lei 6.766/79 de parcelamento do solo, passando, portanto, a ser julgado com base no Decreto-Lei 58/37, o qual dispunha serem inalienáveis as vias públicas de comunicação, mas nem por isso retirava o carácter privado do empreendimento, não podendo, segundo aquele entendimento, transferir a responsabilidade para o poder público de arcar com as despesas do negócio privado.

No decorrer do processo conduzido pelo Escritório Modelo de Advocacia Jurídica – EMAJ, a concessionária pública procedeu a devida contestação e na réplica foi provado que outros residentes do loteamento já estavam contemplados pelo serviço de abastecimento de água pela concessionária, situação que reverteu a decisão previamente tomada, condenando a concessionária a realizar as obras de infraestrutura de forma urgente. A decisão tomou por base o Código de Defesa do Consumidor assim como o Código de Processo Civil. Senão vejamos:

De início, saliento que a água é um serviço de utilidade pública indispensável à vida e à saúde dos indivíduos.

Nesse sentido, destaco que demandada está submetida à disciplina do Código de Defesa do Consumidor, consoante artigo 22, o qual estabelece que é dever dos órgãos públicos, de suas empresas, concessionárias ou permissionárias de fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos. No que tange ao fornecimento de água, conforme já mencionado, penso que é essencial e urgente, uma vez que, na sociedade atual, as pessoas precisam de água para viver com o mínimo de dignidade.

Por tal motivo, o CDC determina que tal serviço não pode ser interrompido (artigo 22), assim como estabelece ser direito básico do consumidor (artigo 6º), dentre outros, a proteção da vida, saúde e segurança e a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

Dessa forma, concluo que aceitar a possibilidade de negativa do fornecimento, salvo situações excepcionalmente justificadas, implica flagrante retrocesso ao direito do consumidor, o qual, inclusive, é consagrado em nosso texto constitucional.

Portanto neste certame verifica-se duas sentenças opostas para o mesmo loteamento, de um lado foi condenado o loteador privado a arcar com os custos e implementação de serviços de infraestrutura básica e de outro o serviço público na figura da concessionária CORSAN para realizar as obras necessárias ao saneamento básico de forma urgente.

Outra decisão analisou caso semelhante da seguinte maneira:

RECURSO INOMINADO. MUNICÍPIO DE TRÊS DE MAIO. OBRIGAÇÃO DE FAZER. FORNECIMENTO DE ÁGUA E INSTALAÇÃO DO EQUIPAMENTO. BEM DE CARÁTER ESSENCIAL. SENTENÇA REFORMADA. Caso concreto em que pretende a parte autora a condenação do demandado ao fornecimento de água potável no imóvel que adquirira em loteamento irregular. O serviço de fornecimento de água potável reveste-se de caráter essencial e está intimamente ligado à manutenção do direito fundamental à vida digna (art. 5º, caput, da CRFB). De modo que a omissão municipal quanto ao exercício do poder-dever de ordenação e utilização (e respectiva fiscalização) do solo urbano, que culminou com a instalação do núcleo familiar da parte autora no imóvel localizado em área irregular, consolidou situação que não pode passar à revelia do poder público relativamente ao seu dever de garantir direitos fundamentais. Configurada situação de ato administrativo revestido de irrazoabilidade quando cotejado com direito fundamental preponderante a ser resguardado, conforme a casuística apresentada, legítima é a atuação do Poder Judiciário através de tutela subrogatória de função típica da atividade administrativa. RECURSO INOMINADO PROVIDO. UNÂNIME. (Recurso Cível, Nº 71009066135, Segunda Turma Recursal da Fazenda Pública, Turmas Recursais, Relator: Mauro Caum Gonçalves, Julgado em: 19-02-2020)

Na decisão acima, o judiciário reconheceu que havia a necessidade da administração pública fiscalizar a correta implementação do loteamento, que passou a ser irregular, oportunizando a família estabelecer residência no local ainda que sem a infraestrutura básica e nesse sentido, deveria arcar com a sanção da sua negligência e condenou o município a realizar as obras necessárias.

Em outra decisão do Tribunal de Justiça de São Paulo no Agravo em Recurso Especial Nº 1.184.775 - SP (2017/0222803-0) em suma, expôs:

[...] determinava à SABESP o dever de instalar rede de distribuição de água potável no loteamento irregular, no prazo de 120 dias. De igual forma, obrigava-se a concessionária e o Município, em caráter solidário e no prazo de 90 dias, a apresentarem projeto de implementação de coleta e tratamento de esgoto doméstico (fls. 699/700). Ao apreciar a matéria, consignou o Tribunal de origem (fls. 1037-1038): Reitere-se, nesse sentido, que a citada norma de regência da matéria (LEI 6.766/79) estabelece ser de responsabilidade do loteador e, subsidiariamente, do MUNICÍPIO a implantação de infraestrutura básica do parcelamento de solo, constituída pelos equipamentos urbanos de escoamento das águas pluviais, iluminação pública, esgotamento sanitário, abastecimento de água potável, energia elétrica pública e domiciliar e vias de circulação. (arts. 2º, §5º, 5º, par. único, e 18). [...] Reforça ainda essa tese o fato de o TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA, referente à regularização do empreendimento, ter sido celebrado somente entre o MUNICÍPIO e o loteador. Repita-se que a regularização urbanística é um dos vários temas palpitantes concernentes à intervenção judicial em Políticas Públicas, emergente dos valores éticos e sociais incorporados na constituição vigente como fundamentos e objetivos do Estado brasileiro (CR, arts. 1º e 3º), com ênfase para a dignidade da pessoa humana, o solidarismo, a erradicação da marginalização e a promoção do bem de todos, envolvendo o direito fundamental à moradia e ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e a função social da cidade (CR, artigos 6º, 182 e 225). [...] Ainda que assim não fosse, nota-se que a tese defendida pelo Município recorrente concentra-se na análise de contrato público celebrado com a SABESP, que

atribuiria a esta a responsabilidade pela execução dos aludidos serviços públicos. Desse modo, a pretensão recursal também encontra resistência no que preceitua a Súmula n. 5/STJ. Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, a do RI/STJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial. Publique-se. Intimem-se. Brasília (DF), 10 de novembro de 2017. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO Relator (Ministro FRANCISCO FALCÃO, 20/11/2017)

Já nesta decisão para implementar as obras de saneamento público a condenada foi a concessionária e subsidiariamente o município, ainda que houvesse um termo de ajustamento de conduta entre o município e o loteador, este último sequer foi chamado à lide.

Analisando a fundo o caso do EMAJ e comparando com outras decisões no mesmo sentido, defende-se que a responsabilidade pelas obras de infraestrutura em casos como o aqui debatido é da empresa concessionária do serviço público, podendo-se falar de uma responsabilidade subsidiária da administração direta.

Ademais, a titularidade do polo passivo nesse tipo de ação seria a concessionária, pública ou privada, tendo em vista esta possuir contrato, porém esse se extingue em aproximadamente vinte e cinco anos. Desta forma é essencial que o poder público, na figura do município, também figure aqui, por este ser o titular dos serviços.

O presente processo do EMAJ ainda se encontra em trâmite, onde na fase de apelação, interposta pela concessionária inconformada com a condenação, foi conhecido em parte o recurso e não provido por unanimidade, ainda majorando os honorários da parte autora.

Infelizmente o processo já se encontra com mais de dois anos de tramitação e, apesar das decisões favoráveis, a assistida ainda não pode contar com o fornecimento de água e implementação do sistema sanitário em sua residência.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com base em todo o estudo se concluiu que os órgãos públicos, pelos princípios constitucionais, são os responsáveis pelos serviços fundamentais para a dignidade da pessoa humana, passando a atuação ao loteador privado, porém respondendo subsidiariamente.

O problema de pesquisa apresentado neste trabalho buscou investigar a responsabilidade pelas obras de infraestrutura de saneamento em loteamentos irregulares nos quais a figura do loteador restou inerte. A hipótese buscou identificar na concessionária do serviço de saneamento esta responsabilidade, na medida em que é a figura jurídica com responsabilidades contratuais para a oferta do serviço e, inclusive, cobrança de valores dos usuários.

No caso concreto que motivou este artigo, uma pessoa procurou a assistência do Escritório Modelo de Advocacia Jurídica/EMAJ da Furg e a ação se direcionou à concessionária, tendo o entendimento do juiz que esta seria a responsável, devido a inércia do loteador privado e a urgência do serviço essencial. Trata-se de entendimento que visa assegurar a efetivação do direito fundamental ao saneamento básico e à cidade sustentável.

Por todo o exposto a hipótese apresentada de condenar a concessionária dos serviços de saneamento a implementação da infraestrutura na omissão do loteador se mostrou ser a melhor e mais assertiva decisão para garantir o direito básico os consumidores, em especial aos vulneráveis, maioria na questão apresentada.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABCON – Associação Brasileira das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto e SINDCON – Sindicato Nacional das Concessionárias Privadas de Serviços Públicos de Água e Esgoto. **Posicionamento sobre os vetos ao novo marco legal do saneamento (Lei 14.026/2020)**. Disponível em: <https://www.abconsindcon.com.br/noticias/posicionamento-sobre-os-vetos-ao-novo-marco-legal-do-saneamento-lei-14-026-2020/>. Acesso em: 27 mar. 2021.

BENZEVAL, Michaela; BOND, Lyndal; CAMPBALL, Mhairi. **How does money influence health?** Biblioteca Britânica: 2017.

BERTOCCELLI, Rodrigo; OLIVEIRA, José; POZZO, Augusto. **Tratado sobre o Marco Regulatório do Saneamento Básico no Direito Brasileiro**. São Paulo: Contracorrente, 2017.

BRASIL, Ministério de Desenvolvimento Regional. **Saneamento**: Novo Marco de Saneamento é sancionado e garante avanços para o País. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: <https://www.gov.br/pt-br/noticias/transito-e-transportes/2020/07/novo-marco-desaneamento-e-sancionado-e-garante-avancos-para-o-pais>. Brasília, DF, 15 jul. 2020. Acesso em: 10 set. 2021.

BRASIL. **Lei no 10.257, de 10 de julho de 2001**. Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República. [2001]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/110257.htm. Acesso em: 02 jan 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.026, de 15 de julho de 2020**. Marco legal do saneamento básico. Brasília, DF: Presidência da República, [2020]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2020/lei/114026.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

BRASIL. **Lei no 6.766, de 19 de dezembro de 1979**. Dispõe sobre o Parcelamento do Solo Urbano e dá outras Providências. Brasília, DF: Presidência da República, [1979]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6766.htm. Acesso em: 27 mar. 2021.

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

CAFRUNE, Marcelo Eibs. O direito à cidade no Brasil: construção teórica, reivindicação e exercício de direitos. **Revista Interdisciplinar de Direitos Humanos**. Bauru, v. 4, n. 1, p. 185-206, jan./jun., 2016. Disponível em: <https://www3.faac.unesp.br/ridh/index.php/ridh/article/view/325/169>. Acesso em: 07 set. 2021.

CARCARÁ, Maria do Socorro; SILVA, Eliane; MACHADO NETO, José. Saneamento básico como dignidade humana: entre o mínimo existencial e a reserva do possível. **Eng. Sanit. Ambient.** v. 24, n. 3, 2019.

CASTRO, Liliane Socorro de. Direito fundamental de acesso a água potável e a dignidade da pessoa humana. **Âmbito Jurídico**, São Paulo, n 117. out. 2013. Disponível em <https://ambitojuridico.com.br/edicoes/revista-117/direito-fundamentalde-acesso-a-agua-potavel-e-a-dignidade-da-pessoa-humana/>. Acesso em: 11 jul. 2021.

DIAS, Daniela; RAIOL, Raimundo; NONATO, Domingos. Saneamento e Direito à Cidade: Ponderações Sobre Abastecimento de Água e Esgotamento Sanitário na Cidade de Belém/Pa. **Revista de Direito da Cidade** v. 9, n. 4. DOI: 10.12957/rdc.2017.

FUNASA - Fundação Nacional de Saúde. **Saneamento para Promoção da Saúde**. Disponível em: <http://www.funasa.gov.br/saneamento-para-promocao-da-saude>. Acesso em: 27 mar. 2021.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Quatro em cada dez municípios não têm serviço de esgoto no país**. Disponível em <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/>. Acesso em: 03 jan 2021.

INSTITUTO TRATA BRASIL. **Brasil tem 48% da população sem coleta de esgoto, diz Instituto Trata Brasil**. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2019/09/25/brasil-tem-48-da-populacao-sem-coleta-de-esgoto-diz-instituto-trata-brasil>. Acesso em: 27 mar. 2021.

LEONETI, Alexandre Bevilacqua; PRADO, Eliana Leão do; OLIVEIRA, Sonia Valle Walter Borges de. Saneamento básico no Brasil: considerações sobre investimentos e sustentabilidade para o século XXI. **Rev. Adm. Pública** v. 45, n. 2, 2011. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/rap/a/KCkSKLRdQVCm5CwJLY5s9DS/?lang=pt#>. Acesso em: 11 jul. 2021.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS - ONU. **O Direito Humano à Água e Saneamento**. Disponível em: https://www.un.org/waterforlifedecade/pdf/human_right_to_water_and_sanitation_medi_a_brief_por.pdf. Acesso em: 11 jul. 2021.

ISBN: 978-65-89073-14-7

CD



9 786589 073147