



# Anais do XXXIV EMED

## Encontro Mineiro de Estudantes de Direito

IPDMS

INSTITUTO DE PESQUISA, DIREITOS  
E MOVIMENTOS SOCIAIS

XXXIV Encontro Mineiro de Estudantes de Direito

EMED

# “COMO OS DIREITOS MORREM”

## XXXIV EMED Encontro Mineiro de Estudantes de Direito

Realizado entre os dias 18 a 21 de abril de 2019 em Belo Horizonte/MG

**Diagramação**  
Thainá Nogueira

**Corpo Editorial**  
Artur Freixedas Colito  
Carlos Augusto Canedo Silva  
Fabio Queiroz Pereira  
Victoria De Tolledo Andrade Rocha



Convida-se à reprodução e distribuição desta obra, sempre que seja sem fins comerciais e que a autoria seja reconhecida.

Instituto de Pesquisa, Direitos e Movimentos Sociais (IPDMS)  
www.ipdms.org.br | ipdmscorreio@gmail.com

**Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)**  
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Anais do XXXIV EMED - Encontro Mineiro de Estudantes de Direito [livro eletrônico]. -- 1. ed. -- Goiás : IPDMS, 2020. 1 Mb ; PDF

"Realizado entre os dias 18 a 21 de abril de 2019 em Belo Horizonte/MG".  
Vários colaboradores.  
ISBN 978-65-991210-0-5

1. Direito - Estudantes 2. Movimentos estudantis - Brasil 3. Movimentos sociais - Brasil 4. Universidade Federal de Minas Gerais. Encontro mineiro de estudantes I. Colito, Artur Freixedas. II. Silva, Carlos Augusto Canedo. III. Pereira, Fabio Queiroz. IV. Rocha, Victoria De Tolledo Andrade. V. Nogueira, Thainá.

20-37117

CDU-34.33(81)

### Índices para catálogo sistemático:

1. Encontro Mineiro de Estudantes de Direito :  
Anais : Direito 34.33(81)

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964



## SUMÁRIO

Agradecimento .....	05
<b><i>Povos e comunidades tradicionais, questão agrária e conflitos socioambientais</i></b>	
Eixo de Discussão 1 .....	06
Modelo Descentralizado de gestão dos recursos hídricos no Brasil: governança e participação social .....	07
Desastre de Mariana: IRDR como forma de jurisprudência defensiva e sua ineficácia.....	23
<b><i>Mundo do trabalho, movimento sindical e direitos</i></b>	
Eixo de Discussão 2 .....	36
Desregulamentação e flexibilização: A influência do pensamento de Ludwig Von Mises no novo Direito do Trabalho .....	37
O primado do negociado sobre o legislado pós-reforma trabalhista sob à luz do princípio da adequação setorial negociada .....	51
<b><i>Criminologia crítica e movimentos sociais</i></b>	
Eixo de Discussão 3 .....	62
Mães no cárcere: Uma análise das condições e respeito aos direitos da mãe recolhida ao sistema penal .....	63
<b><i>Vulnerabilidades no Direito Civil</i></b>	
Eixo de Discussão 4 .....	75
O consentimento informado nas pesquisas com seres humanos: A morte que ocasionou o renascimento .....	76
Responsabilidade civil de vulneráveis: Um estudo do dano moral coletivo por exploração sexual de crianças e adolescentes .....	86
Vulnerabilidades no Direito Civil: O direito das pessoas portadoras de deficiência física no mercado de trabalho .....	99

## AGRADECIMENTOS

Agradecemos abaixo a todas as entidades que nos apoiaram, em especial o IPDMS, DCE UFMG, SindREDE, FENED E CORED MG e todos os estudantes que participaram do XXXIV EMED 2019, assim como somos muito gratos pela participação de todos os movimentos sociais durante o evento.

O Encontro Mineiro de Estudantes de Direito é e segue sendo um espaço de formação de juristas e impulsionador de futuros trabalhadores e profissionais com uma visão humana e comprometidos para com um Brasil mais popular, justo, soberano e sustentável, e sociedades com democracias mais participativas e democráticas.

O XXXIV EMED é uma tradicional demonstração da capacidade de auto organização e protagonismo estudantil mineiro na preparação e realização de debates acadêmicos, políticos e culturais de alto nível, com cooperação de diversas instituições, pesquisadores, professores e militantes.

Nosso EMED contou com alunos de 20 faculdades e 11 cidades, aproximando e permitindo um rico debate de troca de experiências.

Por fim, a própria publicação destes Anais em parceria com o Instituto de Pesquisa em Direito e Movimentos Sociais, aos quais somos muito gratos, é um grande sucesso para um encontro que encontrou suas pedras no caminho e que mesmo assim reuniu mais de uma centena de estudantes de todo canto de Minas.

Fica como uma memória da capacidade de cada um em sua medida e no poder da coletividade para multiplicação de suas idéias e práticas transformadoras.

Atenciosamente,

Artur Freixedas Colito  
Carlos Augusto Canedo Silva  
Fabio Queiroz Pereira  
Victoria De Tolledo Andrade Rocha

# ED 1

Povos e comunidades tradicionais, questão agrária e conflitos socioambientais

## MODELO DESCENTRALIZADO DE GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL: GOVERNANÇA E PARTICIPAÇÃO SOCIAL

DECENTRALIZED MODEL OF MANAGEMENT OF WATER RESOURCES IN BRAZIL: governance and social participation

Alexsandra Matilde Resende Rosa  
Vera Lúcia de Miranda Guarda

### RESUMO:

O desenvolvimento não sustentável, o elevado crescimento da população mundial e a falta de um controle do uso das águas, ensejam à escassez hídrica o que leva a conflitos entre usuários desse recurso. A Política Nacional de Recursos Hídricos e as políticas estaduais brasileiras preconizam a gestão integrada das águas, e instauram um modelo de gestão descentralizado e participativo. Esse artigo tem como objetivo demonstrar as diretrizes para a governança e a gestão dos recursos hídricos no Brasil, e descrever a importância da participação da população na gestão das águas. A revisão da literatura baseada em textos escolhidos através dos descritores participação; governança e gestão de recursos hídricos foi realizada nas bases de dados Scielo, Google acadêmico, Pubmed, além de livros e legislações nacionais publicados no período de 2000 a 2019. Conclui-se que grupos com interesses distintos usam as águas e em situação de conflitos e escassez, os mais vulneráveis são afetados de forma mais acentuada. O modelo de gestão das águas adotado pelo Brasil incentiva que as decisões relacionadas à água ocorram por meio de negociações e decisões coletivas, permitindo que todos tenham suas necessidades levadas em consideração, buscando uma distribuição mais justa e um uso mais sustentável do recurso.

**Palavras Chaves:** Governança, Gestão de Recursos Hídricos, Participação Social.

### ABSTRACT:

Unsustainable development, high world population growth and lack of water use control, lead to water scarcity and lead to conflicts between users of this resource. The National Water Resources Policy and Brazilian state policies advocate integrated water management and establish a decentralized and participatory management model. This article aims to demonstrate the guidelines for the governance and management of water resources in Brazil, and to describe the importance of population participation in water management. A review of the literature was carried out, the texts were chosen through the descriptors: participation; governance and management of water resources and were removed from the Scielo, Google academic, Pubmed, databases in addition to books and

national legislation. We conclude that groups with different interests use water and in situations of conflict and scarcity, the most vulnerable are affected more sharply. The water management model adopted by Brazil encourages water-related decisions to be made through collective bargaining and decisions, allowing everyone to have their needs taken into account in water decisions, seeking a fairer distribution and more use sustainable use of the resource.

**Key Words:** Governance, Water Resources Management, Social Participation

## 1. INTRODUÇÃO

A governança global dos bens comuns foi muito discutida em eventos internacionais, e constitui um movimento de cooperação política que tem como objetivo negociar respostas aos problemas que afetam mais de um país. Souza (2003) conta que o compartilhamento de águas já era tema de negociações desde antes do século XVIII, existindo já, nessa época, acordos que disciplinavam o uso e a conservação das águas transfronteiriças.

O mundo contemporâneo é compreendido por diferentes atores, com interesses e condições sociais distintas. Nesse sentido, é necessário pensar em fatores que assegure de maneira democrática a distribuição dos recursos de forma mais justa (BECK, 2006). Nesse sentido, o manejo das reservas hídricas é considerado um dos principais desafios atuais, tendo em vista o crescimento da demanda por água em detrimento da diminuição da disponibilidade desse recurso. Para o enfrentamento da crise hídrica é indicado uma articulação entre as diferentes escalas de poder.

A gestão das águas em escala internacional é um importante fator para a resolução de conflitos entre Estados. Possibilita o uso de forma racional dos recursos hídricos, a diminuição de pessoas sem acesso e o combate à poluição transfronteiriça. Os órgãos internacionais veem afirmando que as principais causas da crise hídrica são relacionadas a dificuldades de governança e não propriamente a falta do recurso (UN/WWAP, 2006).

Para a ANA – Agência Nacional das Águas (2011) o desenvolvimento de metas e políticas para a gestão da água em nível internacional através de encontros, reuniões, conferências e fóruns mundiais são muito importantes. Essas metas e políticas orientam as ações realizadas a nível nacional e incentivam a mobilização política para enfrentar os problemas relacionados a água.

A governança foi definida pela Global Water Partnership (2002, p. 1) como “sistemas políticos, sociais, econômicos e administrativos disponíveis para aproveitar e gerenciar os recursos hídricos, e distribuir os serviços hídricos nos distintos níveis da sociedade”. De acordo com Fracalanza et al., (2009) para uma boa governança das águas é importante a participação de diferentes agentes - os usuários (indústria, irrigação, setor de abastecimento de água, geração de energia, entre outros), a sociedade civil (associações comunitárias, ONGs, sindicatos, universidades, escolas entre outros) e o poder público.

De acordo com Villar (2012), a governança está relacionada aos arranjos estruturais que podem ser formais ou informais interferindo na gestão dos recursos hídricos. Já o conceito de gestão se relaciona ao conjunto de ações para disciplinar as relações de uso da água conforme o contexto socioambiental.

No Brasil, historicamente, a gestão das águas esteve relacionada às políticas econômicas do Estado e as decisões relacionadas à água eram realizadas de forma centralizada. Após a instituição da Constituição Federal de 1988 e da Política Nacional do Meio Ambiente esse cenário começou a mudar, e observa-se uma preocupação com o uso sustentável da água.

O sistema nacional de gestão de recursos hídricos foi inserido com base no artigo 21 da Constituição Federal e após, vários estados editaram sua própria política, baseada nos princípios constitucionais. A Lei nº 9.433/97 criou a Política Nacional de Recursos Hídricos, que tem como objetivo criar diretrizes para o uso das águas de forma sustentável e adota o modelo de gestão descentralizado e participativo. De acordo com Jacobi (2009) essa forma de gestão foi inspirada no modelo francês, que incentiva a participação da sociedade na gestão das águas.

A Política Nacional de Recursos Hídricos estabelece regras para a gestão das águas no país e define os procedimentos para a tomada de decisão sobre o assunto. A gestão de recursos hídricos sustenta-se em dois pilares: o planejamento do uso e aproveitamento das águas e a participação dos usuários nas decisões. O processo de tomada de decisões envolvendo diferentes agentes possibilita um novo sistema de poder entre Estado e usuários (CARDOSO, 2008).

Esse artigo tem como objetivo demonstrar as diretrizes para a governança e a gestão dos recursos hídricos no Brasil, e descrever a importância da participação da população na gestão das águas. Para isso, foi realizada uma revisão da literatura, os textos foram escolhidos através dos descritores: participação; governança e gestão de recursos hídricos e foram retirados das bases de dados Scielo, Google acadêmico, Pubmed, livros e legislações nacionais.

## 2. GOVERNANÇA

O termo governança teve origem em políticas macroeconômicas estabelecidas pelas Instituições de Bretton Woods. Era pautada em ideias econômico-liberais e defendia-se que o crescimento econômico era a resposta para os problemas sociais, o que levou a sacrifícios ambientais e sociais. O objetivo era criar Estados mais eficientes e combater as crises existentes nos anos de 1980 e 1990 (GONÇALVES, 2006). Nesse cenário, a governança levou ao agravamento da concentração de renda, a exclusão social e a danos ambientais (WEISS, 2000).

Após algum tempo, foi constatado os problemas desse modelo e foi incorporado ideias relacionadas aos direitos humanos e ao desenvolvimento sustentável ao termo governança (VILLAR, 2012). De acordo com Tortajada (2010), a “boa governança” passou a ser definida como novos métodos de governar, onde as ações de todas as partes envolvidas devem ser transparentes e justificáveis.

Por volta dos anos 2000, a governança assumiu um papel importante nos debates internacionais, sendo indicada como solução e causa da crise hídrica (MOLLINGA, 2008). Apesar das diversas definições divergentes que surgiram para o termo é possível identificar alguns pressupostos comuns como a articulação entre atores, a elaboração de uma política participativa e compartilhada e a busca pela gestão eficiente dos recursos hídricos (VILLAR, 2012).

A governança internacional das águas tem como objetivo incentivar a cooperação dos Estados para a gestão integrada. A nível nacional, estabelece que a resolução dos problemas relacionados às águas devem ocorrer mediante negociações políticas e sociais, envolvendo diferentes atores e níveis de governo.

A governança visa uma mediação entre as relações de poder do Estado, usuários e a sociedade civil através da construção de alianças e cooperação, levando em conta a existência de conflitos decorrentes de assimetrias sociais, resistências e participação dos diversos atores (JACOBI, 2009). Conforme Hollanda (2009), a governança no setor dos recursos hídricos é indicada diante da necessidade de construções de novos moldes para a gestão da água, devida a uma fragilidade no planejamento dessa gestão.

De acordo com Speth (2005) existem três fatores importantes para se alcançar a governança global: 1) a criação de novas instituições e procedimentos de normatização a nível internacional; 2) o incentivo de iniciativas de diversos atores sociais que visem à gestão sustentável e 3) o ataque de forma direta as causas de degradação ambiental como: o crescimento populacional, o uso de tecnologias inadequadas e a pobreza.

Para Ribeiro (2009) é importante criar um pacto de governança das águas no Brasil, pois apesar da existência da gestão participativa na busca de resolução de conflitos, ainda são necessários avanços quanto a forma e a qualidade das decisões. Para Hollanda (2009), também, é importante criar metodologias para o incentivo da participação de comunidades locais nos processos decisórios.

Conforme a ANA (2011), a falta de boa governança, a infra-estrutura inadequada e a escassez de investimentos contribuem para o aumento de problemas relacionados a qualidade da água. Para Jacobi (2009), na gestão hídrica, a governança, propõe caminhos alternativos para que as demandas sociais sejam ouvidas a nível governamental. O conceito engloba tanto, a criação de leis, regulações e instituições, como políticas e ações de governo, e iniciativas locais.

Diniz (1999) diferencia governança de governabilidade. Para a autora, governabilidade são combinações de características mais gerais que determinam como

o poder é exercido na sociedade como: o regime político, a forma de governo, as relações entre os poderes, entre outras. A governança propõe novos caminhos que buscam a interlocução de interesses existentes a nível governamental e as demandas sociais, incluindo mecanismos para lidar com a dimensão plural da sociedade. Para Santos (1996), a governança está relacionada a capacidade do governo em elaborar políticas públicas que atenda as demandas sociais.

A governança da água implica em entender os papéis de diferentes interesses – público, civil e privado – no gerenciamento dos recursos hídricos e identificar as demandas conflitantes, buscando a criação de esquemas que impliquem em novos relacionamentos entre os diferentes participantes. Pode ser considerada, também, como um conjunto de aspectos políticos, econômicos, sociais e de sistemas administrativos utilizados no gerenciamento dos recursos hídricos (SANDOVAL, 2007). E inclui tópicos relacionados a saúde, segurança alimentar, utilização da terra, desenvolvimento econômico e preservação do sistema ecológico (UNDP, 2011).

Assim, a governança da água é um mecanismo de democratização que visa um planejamento integrado dos recursos hídricos, com base em propostas de alternativas para o gerenciamento das águas, como a gestão participativa, que incentiva a criação de instância decisórias compostas por integrantes de vários níveis de governo, organização da sociedade e a população local.

### 3. EVOLUÇÃO DAS LEGISLAÇÕES BRASILEIRAS SOBRE A ÁGUA

Dias (2009) cita que as normas elaboradas pelo poder público definem como será o processo de gestão ambiental brasileiro. A gestão ambiental é o ato de gerir o ambiente ou administrar os ecossistemas naturais e sociais, com o objetivo de manter um equilíbrio entre as atividades humanas e a natureza.

No Brasil, além dos fatores econômicos, as conferências internacionais influenciaram o processo regulatório da água. O país assinou vários acordos internacionais que tiveram como tema os recursos hídricos e aos poucos o direito a água foi estabelecido na legislação.

A legislação sobre os recursos hídricos brasileira deriva das discussões internacionais, mas também de eventos e iniciativas nacionais. Tem como base o modelo de gestão das águas da França, que foi adaptado para a realidade brasileira (CAMPOS e FRACALANZA, 2010).

A primeira legislação brasileira que se referiu a água como objeto específico de lei foi o decreto 26.643 de 1934, denominado “O Código das águas”. Esse decreto foi criado devido a necessidade de uma maior utilização dos recursos naturais para a geração de energia elétrica e tratava o assunto de forma centralizada (CARVALHO, 2015).

Em 1977, foi instituído o Decreto Federal nº 79.367. Ele definiu o Ministério da Saúde em conjunto com as secretarias de saúde como os órgãos competentes para elaborar padrões de potabilidade da água para o consumo humano.

Em 1988, a Constituição Brasileira (CF) deliberou a água como bem de propriedade de um ente político, tornando assim, todas as águas públicas. As águas passaram a ser consideradas bens de domínio dos Estados e do Distrito Federal (art. 26, I) e da União (Artigo 20, inciso III). Foi estabelecida também, a competência legislativa e material para a água. O artigo 22, IV da CF estabelece a competência privativa da União para legislar sobre as águas. Já o artigo 23 da CF determina a competência material comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios em relação as águas (BRASIL, 1988).

A Constituição de 1988 foi considerada como um novo paradigma em relação aos processos decisórios de caráter público. Com o advento dela surgiram novas práticas democráticas de participação, diminuindo a concentração do poder do Estado nas tomadas de decisão (JACOBI, 2009). Houve várias referências à água no texto constitucional, mas, não uma previsão expressa quanto ao direito fundamental à água.

Por volta de 1990, alguns estados (como São Paulo e Ceará) instituíram os seus primeiros planos estaduais de recursos hídricos (Leis Estaduais nº 7.663/91 e 11.996/92), com artigos ligados à problemática da água, seus usos e prioridades, e com base na gestão integrada, descentralizada e participativa. Outros estados (como o Rio de Janeiro), só começaram a regulamentar dispositivos constitucionais relacionados a gestão das águas mais recentemente (MACHADO, 2003).

A Lei Federal nº 9.433/97 (Lei de Águas), foi criada para regulamentar o artigo 21 da constituição, que instituiu a obrigatoriedade da criação do Sistema Nacional de Recursos Hídricos (SNRH). Foi aprovada a Política Nacional de Recursos Hídricos e o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, que tem como fundamento uma visão participativa e democrática para o uso sustentável das águas e o objetivo de garantir o direito ao acesso aos recursos hídricos e o controle da qualidade e quantidade da água (BRASIL, 1997).

Em 2000, através da Lei nº 9.984, foi criada a Agência Nacional de Águas (ANA), o órgão gestor dos recursos hídricos de domínio da União. Em 2011, foi regulamentada a Portaria MS nº 2914 no Brasil, que exigiu um controle sobre a qualidade da água distribuída para o consumo humano (LUNA et al. 2014). A Lei 11.445, criada em 2007, estabeleceu as diretrizes nacionais para o saneamento básico. O Decreto 7.217/2010 regulamentou a Lei do Saneamento.

De acordo com a legislação brasileira, a água é um bem público de uso comum, fundamental para a sobrevivência humana e de outras espécies (BRASIL, 1997). O acesso a água deve ser garantido a todos, como foi estabelecido no Código de Águas de 1934 e, posteriormente, na Constituição Brasileira de 1988.

Na legislação sobre a água, no Brasil, percebe-se a inclusão das ideias de descentralização e participação, devido a importância do papel dos usuários para uma utilização sustentável da água. A legislação brasileira não tem explícito uma previsão acerca da água como direito fundamental, porém em 2010, a ONU, na resolução 64/292,

declarou que o acesso à água potável e ao saneamento básico é “condição para o gozo pleno da vida e do s demais direitos humanos”.

#### 4. A GESTÃO DE RECURSOS HÍDRICOS NO BRASIL

A Política Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) estabeleceu que as águas é um bem público, estendendo a todos os brasileiros o direito ao acesso e o dever de cuidar das águas. É uma lei considerada inovadora por incluir como fundamentos a integração, descentralização e a participação de diversos atores na gestão das águas (BRASIL, 1997).

A PNRH estabelece fundamentos, objetivos, diretrizes e instrumentos para a gestão das águas. Os seus seis fundamentos: I - A água é um recurso de interesse público; II - limitado e de valor econômico. Assim, deve haver uma cobrança por sua exploração, o valor econômico cobrado deve ser capaz de compensar possíveis alterações em sua qualidade e disponibilidade. III- O uso múltiplo das águas é incentivado, IV - mas no caso de escassez, a prioridade é o consumo humano e a dessedentação dos animais; V- A bacia hidrográfica é a unidade territorial para implementação da PNRH, e nem sempre coincide com os limites de um Estado ou Município; VI - a gestão deve ser descentralizada e contar com a participação dos usuários, das comunidades e do poder público.

Os objetivos da PNRH previstos no art. 2º da Lei nº 9.433/97: assegurar uma adequada disponibilidade de água para as futuras gerações; o uso racional e integrado dos recursos hídricos e a prevenção e a defesa contra eventos hidrológicos críticos (BRASIL, 1997). As diretrizes são:

“Art. 3º I - a gestão sistemática dos recursos hídricos, sem dissociação dos aspectos de quantidade e qualidade; II - a adequação da gestão de recursos hídricos às diversidades físicas, bióticas, demográficas, econômicas, sociais e culturais das diversas regiões do País; III - a integração da gestão de recursos hídricos com a gestão ambiental; IV - a articulação do planejamento de recursos hídricos com o dos setores usuários e com os planejamentos regional, estadual e nacional; V - a articulação da gestão de recursos hídricos com a do uso do solo; VI - a integração da gestão das bacias hidrográficas com a dos sistemas estuarinos e zonas costeiras (BRASIL, 1997).”

Os instrumentos são: I - os Planos de Recursos Hídricos: que devem estabelecer as prioridades de uso da bacia e as outorgas são condicionadas a eles de modo a evitar conflitos entre os setores-usuários. O Plano Nacional de Recursos Hídricos (PNRH) fundamenta e orienta a gestão das águas. É um instrumento de longo prazo, pactuado entre o Poder Público, os usuários e a sociedade civil; II - o enquadramento dos corpos de água em classes, segundo os usos a que forem mais destinadas: visa assegurar a qualidade das águas, realizando ações preventivas, diminuindo os custos de combate à poluição; III - a outorga dos direitos de uso: é um ato administrativo autorizador, onde o Poder Público concede o direito de uso de um recurso hídrico mediante condições expressas no respectivo ato, por prazos preestabelecidos; IV - a cobrança pelo uso; é a materialização do princípio

usuário-poluidor-pagador, quem explora o recurso, diminuindo a sua disponibilidade ou qualidade, paga para corrigir ou mitigar os danos de sua atividade. Os valores arrecadados são aplicados prioritariamente na bacia hidrográfica em que foram gerados; VI - o Sistema de Informações sobre Recursos Hídricos: reúne todas as informações sobre as águas do país, sua qualidade e quantidade (BRASIL, 1997).

O Plano e o Enquadramento de Recursos Hídricos são instrumentos que visam a construção de consensos nas bacias, pois abrem espaço para os processos de negociação quanto os custos sociais, qualidade ambiental e viabilidade econômica das diversas formas de uso da água. Ambos são definidos nos comitês de bacia e são exemplos de negociação social. Neles, são definidas as aptidões da bacia e os objetivos de qualidade da água. Assim, atividades podem ser incentivadas ou reprimidas, conforme o impacto gerado (BRASIL, 1997).

O Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos (SINGREH) é o um conjunto de mecanismos jurídico-administrativos, composto por leis, instituições ou instrumentos de gestão, que tem como finalidade implementar a Política Nacional das Águas. O SINGREH é composto por Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH), pela Secretaria de Recursos Hídricos e Qualidade Ambiental (SRQA), pela Agência Nacional de Águas, pelos Conselhos Estaduais de Recursos Hídricos (CERH), pelos Órgãos gestores de recursos hídricos estaduais (Entidades Estaduais), pelos Comitês de Bacia Hidrográfica e pelas Agências de Água (BRASIL, 1997).

O principal papel desses órgãos (quadro 1) é realizar a gestão da água de forma democrática e participativa, dando suporte institucional e técnico para o seu gerenciamento. Os principais objetivos são: “coordenar a gestão integrada das águas; arbitrar administrativamente os conflitos relacionados aos recursos hídricos; planejar, regular e controlar o uso, bem como a recuperação dos corpos d’água; promover a cobrança pelo uso da água” (BRASIL, 1997).

Os órgãos colegiados são: o Conselho Nacional de Recursos Hídricos (CNRH) e os conselhos estaduais que são organismos consultivos, normativos e deliberativos. São responsáveis pela formulação das políticas de recursos hídricos e também, possuem o papel de controle social das ações dos órgãos públicos. São formados por representantes dos setores usuários de água, governo e sociedade civil organizada. As decisões devem ser tomadas de forma coletiva, através de negociações (BRASIL, 1997).

Quadro 1 – Estrutura do SINGREH



Fonte: adaptado de SANTOS (2016)

A Secretaria de Recursos Hídricos (SRH) é responsável pela administração direta, formulação das políticas juntamente com o CNRH, e exerce ainda o papel de secretaria executiva deste, e a coordenação do Plano Nacional de Recursos Hídricos. É um órgão do núcleo estratégico de governo, subordinado ao Ministério do Meio Ambiente (MMA).

A Agência Nacional de Águas (ANA) é a agência reguladora, responsável por fazer cumprir os objetivos e diretrizes da PNRH. Está vinculada ao Ministério do Meio Ambiente (MMA), Sua função principal é a de implementar os instrumentos da Política Nacional de Recursos Hídricos, outorgar, fiscalizar e cobrar o uso dos recursos hídricos de domínio da União.

Os Comitês de Bacia são organismos colegiados, consultivos e deliberativos e constituem a base do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídrico. São compostos por representantes dos três níveis do poder público, usuários da água e sociedade civil. São atribuições dos comitês: possibilitar debates, articular a atuação das entidades intervenientes; decidir conflitos; aprovar o Plano de Recursos Hídricos da Bacia e acompanhar sua execução; estabelecer os mecanismos de cobrança, sugerir os valores a serem cobrados; entre outras (SANTILLI, 2011). As avaliações sobre os interesses de uso das águas das bacias hidrográficas são analisadas pelos comitês por meio de discussões e negociações democráticas.

As Agências de Água servem para dar o suporte técnico e administrativo aos Comitês de Bacia, exercendo, entre outras, a função de secretaria executiva. Oferecem suporte administrativo, técnico e financeiro para a implementação de suas decisões.

Os estados brasileiros e o Distrito Federal possuem órgãos específicos para a gestão da água (quadro 2). Os órgãos gestores são responsáveis por planejar e promover ações

direcionadas à preservação da quantidade e da qualidade das águas. Eles podem ser como entidades autônomas (ex. agência ou autarquia) e, em sua maioria, como administrações diretas dos Estados (ex. secretarias específicas ou órgãos dessas secretarias) (BRASIL, 1997).

Quadro 2 - Órgãos Gestores Estaduais

ÓRGÃOS GESTORES ESTADUAIS
<b>ACRE</b>
SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE - SEMA INSTITUTO DE MEIO AMBIENTE DO ACRE - IMAC
<b>ALAGOAS</b>
SEMARH - SECRETARIA ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS / AL INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE - IMA
<b>AMAPÁ</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE - SEMA INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E ORDENAMENTO TERRITORIAL DO AMAPÁ - IMAP
<b>AMAZONAS</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE DO AMAZONAS - SEMA INSTITUTO DE PROTEÇÃO AMBIENTAL DO ESTADO DO AMAZONAS - IPAAM
<b>BAHIA</b>
SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE DA BAHIA - SEMA INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - INEMA
<b>CEARÁ</b>
SECRETARIA DOS RECURSOS HÍDRICOS - SRH COGERH - COMPANHIA DE GESTÃO DOS RECURSOS HÍDRICOS / CE SUPERINTENDÊNCIA ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - SEMACE
<b>DISTRITO FEDERAL - BRASÍLIA</b>
SECRETARIA DO MEIO AMBIENTE - SEMA ADASA - AGÊNCIA REGULADORA DE ÁGUAS, ENERGIA E SANEAMENTO BÁSICO DO DISTRITO FEDERAL INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE E DOS RECURSOS HÍDRICOS DO DISTRITO FEDERAL - BRASÍLIA AMBIENTAL IBRAM
<b>ESPIRITO SANTO</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - SEAMA AGÊNCIA ESTADUAL DE RECURSOS HÍDRICOS - AGERH INSTITUTO ESTADUAL DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - IEMA
<b>GOIÁS</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE, RECURSOS HÍDRICOS, INFRAESTRUTURA, CIDADES E ASSUNTOS METROPOLITANOS - SECIMA
<b>MARANHÃO</b>
SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E RECURSOS NATURAIS - SEMA
<b>MINAS GERAIS</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL - SEMAD INSTITUTO MINEIRO DE GESTÃO DAS ÁGUAS - IGAM FUNDAÇÃO ESTADUAL DO MEIO AMBIENTE - FEAM
<b>MATO GROSSO DO SUL</b>
SECRETARIA DE MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO - SEMADE INSTITUTO DO MEIO AMBIENTE DO MATO GROSSO DO SUL - IMASUL
<b>MATO GROSSO</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE - SEMA
<b>PARÁ</b>
SECRETARIA DE ESTADO DE MEIO AMBIENTE E SUSTENTABILIDADE - SEMAS
<b>PARAÍBA</b>
SECRETARIA DA INFRAESTRUTURA, DOS RECURSOS HÍDRICOS, DO MEIO AMBIENTE E DA CIÊNCIA E TECNOLOGIA - SEIRHMACT AGÊNCIA EXECUTIVA DE GESTÃO DAS ÁGUAS DO ESTADO DA PARAÍBA - AESA
<b>PARANÁ</b>
SECRETARIA DE ESTADO DO MEIO AMBIENTE E RECURSOS HÍDRICOS - SEMA INSTITUTO DAS ÁGUAS DO PARANÁ - ÁGUAS PARANÁ INSTITUTO AMBIENTAL DO PARANÁ - IAP
<b>PERNAMBUCO</b>
SECRETARIA EXECUTIVA DE RECURSOS HÍDRICOS - SRHE

Fonte: adaptado de Digital/ASCOM (2007).

Em Minas Gerais, assim como nos outros estados existe o SEGREH - Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos, nesse estado, ele é disciplinado pela Lei 13.199/99. Conforme o artigo 32, dessa lei, ele possui os seguintes objetivos: - coordenar a gestão integrada e descentralizada das águas; - arbitrar na esfera administrativa os conflitos; - implementar a Política Estadual de Recursos Hídricos; - planejar, coordenar, regular e controlar o uso, a preservação e a recuperação de recursos hídricos do Estado; - promover a cobrança pelo seu uso (BRASIL, 1999).

O SEGRH-MG (quadro 3) é composto pelos seguintes órgãos: a Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD); o Conselho Estadual de Recursos Hídricos - CERH-MG; o Instituto Mineiro de Gestão das Águas - IGAM; os comitês de bacia hidrográfica; os órgãos e as entidades dos poderes estadual e municipais que tenham competências relacionadas com a gestão de recursos hídricos; as agências de bacias hidrográficas (BRASIL, 1997).

Quadro 3 - Órgãos do SEGRH-MG



Fonte: adaptado de SANTOS (2016)

Em Minas Gerais, a SEMAD é a responsável pela coordenação do Sistema Estadual do Meio Ambiente (SISEMA). Planeja, executa, controla e avalia as ações setoriais a cargo do Estado relativas à proteção e à defesa do meio ambiente, à gestão dos recursos hídricos e à articulação das políticas de gestão dos recursos ambientais para o desenvolvimento sustentável.

O IGAM é responsável pela emissão de outorga de direito de uso dos recursos hídricos estaduais, pelo planejamento e administração de todas as ações voltadas para a preservação da quantidade e da qualidade de águas em Minas Gerais.

Conclui-se, que a descentralização transfere o poder político aos níveis territoriais mais locais, permitindo que a sociedade local tenha mais chances de controlar as decisões sobre os usos da água (AGRAWAL; RIBOT, 2002). A gestão de recursos hídricos deve ser integrada, considerando vários aspectos que interferem no uso da água como questões econômicas, culturais, bióticas, físicas e sociais (YASSUDA, 1993).

A partir do consenso, após a intermediação do interesse de todos os agentes, toma-se a decisão que tende ser a mais sustentável e contemple de forma mais satisfatória o interesse de todos. A integração só ocorre após a decisão ser tomada e implantada contemplando os múltiplos aspectos da gestão das águas. Para que a gestão tenha um foco adequado, ela é baseada nas bacias hidrográficas. Tucci (1997) define a bacia hidrográfica como uma área de captação natural da água da chuva onde o escoamento converge para um único ponto de saída.

A delimitação da área de uma bacia depende da problemática de interesse. Sobre o território da bacia são incluídas as áreas agrícolas, industriais, urbanas e as de preservação. O conceito de bacia hidrográfica possui um caráter sistêmico, devido a isso as formas de gestão são definidas de acordo com a problemática local. Cada bacia tem seu conjunto de regras que são criadas seguindo os instrumentos de gestão, essas regras são institucionalizadas através dos Comitês de Bacias. Para alcançar a gestão sustentável dos recursos hídricos, instrumentos como uma base de dados com informações acessíveis, definições claras de direitos de uso e formas de controle de impacto e a tomada de decisão são essenciais (PORTO & PORTO, 2008).

O comitê de bacias permite incorporar vários interesses diversos existentes na gestão. Além disso, possibilita a elaboração de projetos, controle da aplicação de recursos financeiros existentes, universalização das informações sobre os recursos hídricos. Busca-se priorizar o interesse coletivo.

## 5. CONCLUSÃO

A lei das águas, transformou a gestão das águas, pois rompeu com a gestão centralizada, voltada aos interesses do setor elétrico. Ela apresenta, repetitivamente, o termo participativo, incentivando a sociedade brasileira a participar da gestão da água através dos comitês de bacias hidrográficas que instituiu órgãos com papel consultivo e deliberativo. A implementação do modelo de gestão participativo é considerada um avanço no processo de democratização e um incentivo ao exercício da cidadania.

A Gestão da água passou a ser realizada através do Conselho Nacional de Recursos Hídricos, que é o órgão responsável por decidir as grandes questões do setor e dirimir as disputas de maior relevância; pelos Comitês de Bacias Hidrográficas que são os órgãos onde há a participação dos usuários, das prefeituras, da sociedade civil organizada e dos demais níveis de governo, responsáveis pelas decisões no âmbito de cada bacia; as

Agências de Água, destinadas a gerir os recursos advindos da cobrança pelo uso da água; e as Organizações Civas de Recursos Hídricos, que são entidades que atuam na gestão e podem ter importante participação no processo decisório e de monitoramento das ações sobre a água.

A Lei das águas é clara ao afirmar que a água é um recurso natural, mais muitas vezes, com base em uma concepção fragmentada, ela é considerada apenas como um insumo produtivo. A dimensão econômico-produtiva da água é importante, pois ela é um recurso estratégico para o desenvolvimento do país, mas é necessário a valorização dos seus demais aspectos essenciais, e construir caminhos no planejamento e gestão dos recursos hídricos para o seu uso sustentável.

A criação dos diversos órgãos colegiados gestores é a forma utilizada para a descentralização das decisões sobre as águas, principalmente a criação dos comitês de bacias hidrográficas. Permitindo que tanto representantes da União, dos Estados e dos Municípios; como usuários e entidades civis de recursos hídricos possam participar das decisões sobre o destino das águas (GRANZIERA, 2006). A participação visa a redistribuição de bens e de poderes, e busca o consenso entre os agentes com opiniões e interesses divergentes (CARR; BLOSCHL; LOUCKS, 2012).

A gestão das bacias hidrográficas de forma colegiada é uma forma de conservar suas características e aprimorar as que necessitam de melhorias. Possibilita o entendimento por parte de cada agente de seu papel, atribuições e responsabilidades e diminui confrontos e desgastes. Além disso, não permite que o agente com maior influência imponha seu desejo, em detrimento dos demais.

Essa forma de gestão, também facilita a transparência entre os agentes, oferece espaço para a expressão e defesa dos interesses difusos, ao mesmo tempo escuta os interesses privados; reduz os riscos de corrupção; limita condutas abusivas de exercício discricionário do poder por parte do executivo. No entanto, em nenhuma legislação há citações sobre a participação das mulheres na gestão dos recursos hídricos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AGRAWAL, A.; RIBOT, J. Analyzing decentralization: a frame work with South Asian and East african environmental cases. In: RIBOT, J. C.; VEIT, P. G. (Ed.). Environmental governance in Africa. Washington: Institutions and Governance Program, World Resources Institute, 2002.

AGUIAR, R. A. R. de, Direito do Meio Ambiente e Participação Popular. Brasília: IBAMA, 1996

BRASIL. Decreto nº 7.217, de 21 de junho de 2010. **Regulamenta a Lei nº 11.445, de 5 de janeiro de 2007, que estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico,**

**e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Brasília, DF, 22 jun. 2010. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7217.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2007-2010/2010/decreto/d7217.htm) >. Acesso em: 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto Federal nº 79.367, de 09 de março de 1977. **Dispõe sobre as normas e o padrão de potabilidade de água e dá outras providências.** Diário Oficial da União, Poder Executivo, Brasília, DF, 10 mar. 2018. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1970-1979/D79367.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1970-1979/D79367.htm) >. Acesso em: 28 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Decreto nº 99.710, de 21 de novembro de 1990. **Promulga a convenção sobre os direitos da criança.** Disponível em: < [https://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d99710.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d99710.htm) >. Acesso em 20 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Lei 11.445 de 5 de janeiro de 2007. **Estabelece diretrizes nacionais para o saneamento básico; altera as Leis nos 6.766, de 19 de dezembro de 1979, 8.036, de 11 de maio de 1990, 8.666, de 21 de junho de 1993, 8.987, de 13 de fevereiro de 1995; revoga a Lei no 6.528, de 11 de maio de 1978; e dá outras providências.** Diário Oficial da União, 2007.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.433 de 8 de janeiro de 1997. **Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº7.990, de 28 de dezembro de 1989.** Diário Oficial da União, 1997.

\_\_\_\_\_. Lei nº 9.984, de 17 de julho de 2000. **Dispõe sobre a criação da Agência Nacional de Águas - ANA, entidade federal de implementação da Política Nacional de Recursos Hídricos e de coordenação do Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, e dá outras providências.** Disponível em: < [www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L9984.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9984.htm) >. Acesso em: 6 mar. 2018.

\_\_\_\_\_. Senado Federal. **Constituição Federal.** Brasília: Senado Federal, 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm) >. Acesso em: 28 mar. 2018.

CAMPOS, V. N. de O.; FRACALANZA, A. P. Governança das águas no Brasil: conflitos pela apropriação da água e a busca da integração como consenso. **Ambiente & Sociedade**, Campinas, v.13, n. 2, p. 365-382, 2010.

CARR, G; BLOSCHL, G; LOUCKS, D. P. Evaluating participation in water resource management: a review. *Water Resources Research*, v. 48, n.11, 2012.

CARVALHO, M.M. A legislação sobre a água no Brasil. In: LEMOS, P. **Água e Cultura: Inventário de fontes de água da região de Ouro Preto.** Ouro Preto: Livraria e Editora Graphar, 2015.

DIAS, C. **O papel das mulheres na conservação e gestão da água.** Disponível em: < <https://www.embrapa.br/busca-de-noticias/-/noticia/32530336/o-papel-das-mulheres-na-conservacao-e-gestao-da-agua> >. Acesso em: 28 mar. 2018

DIGITAL/ASCOM (2007). Lista de órgãos gestores estaduais. Disponível em: < <http://www3.ana.gov.br/portal/ANA/textos-das-paginas-do-portal/lista-de-orgaos-gestores-estaduais> >. Acesso em 25 abr 2019.

ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. (orgs). Governança ambiental global: opções & oportunidades. Tradução Assef Nagib Kfoury – São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2005.

GLOBAL WATER PARTNERSHIP, *Introducing Effective Water Governance*, mimeo, April 2002

GONÇALVES, A. A legitimidade na Governança Global. In: Conselho Nacional de Pesquisa e Pós Graduação em Direito – CONPEDI, Anais, 20 p. Manaus: 2006

GRANZIERA, M. L. M. Coordenação da ação pública: a experiência dos Comitês de Bacia Hidrográfica. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). *Políticas Públicas: reflexões sobre o conceito jurídico.* São Paulo: Saraiva, p. 301-310, 2006.

HOLLANDA, C. L. de. Estratégias de governança em resíduos sólidos no município de Urubici – SC. Florianópolis: ESAL/UFSC, 2009. 94p. TCC de Graduação.

JACOBI, P. R. Governança da água no Brasil. IN: RIBEIRO, Wagner Costa, Org. *Governança da água no Brasil: uma visão interdisciplinar.* São Paulo: Annablume; FAPESP; CNPq, 2009.

LUNA, Y. H. D. M.; SANTANA, N. C. B.; ANJOS JÚNIOR, R. H.; ATHAYDE JÚNIOR, G. B. Qualidade da água de chuva em João Pessoa: Estudo comparativo com diversos padrões de qualidade conforme os usos pretendidos para água em edificações residenciais. **Revista Eletrônica de Gestão e Tecnologias Ambientais**, v. 2, n. 1, p. 53-68, 2014. Disponível em: < <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/gesta/article/view/8792> >. Acesso em: 15 Maio de 2018

MACHADO, C.J.S. “Recursos Hídricos e Cidadania no Brasil: Limites, Alternativas e Desafios”. **Ambiente & Sociedade**, Ano VI, N. 2, Jul/Dez, p. 121-136, 2003.

MOLLINGA, P.P. 2008. Water, politics and development. Framing a political sociology of water resources management. *Water Alternatives* 1(1): 7-23. PORTO, M. F. A;

PORTO, R. L. L. Gestão de bacias hidrográficas. **Estudos avançados**, v. 22, n. 63, p. 43-60, 2008.

RIBEIRO, W C. Impasses da governança da água no Brasil. IN: RIBEIRO, Wagner Costa, Org. Governança da água no Brasil: uma visão interdisciplinar. São Paulo: Annablume; FAPESP; CNPq, 2009.

SANDOVAL, R. M.. Tracking governance – indicators and measurement for constructing learning water management systems. International Conference on Adaptive e Integrated Water Management (CAIWA 2007). Disponível em: < [www.newwater.uos.de/caiwa/papers.htm](http://www.newwater.uos.de/caiwa/papers.htm) >. Acesso em: 15 de março de 2019.

SANTILLI, Juliana. A política Nacional de Recursos Hídricos (Lei 9.433/97) e sua implementação no Distrito Federal. **Revista de Direito Ambiental**, 2014.

SANTOS, R.R. **MINAS GERAIS Sistema Estadual de Gerenciamento de Recursos Hídricos – SEGRH**: Desafios da implementação dos Planos de Bacia e Financiamento de projetos. SISEMA, 2016

SPETH, James Gustave. A agenda ambiental global: origens e perspectivas. IN: ESTY, Daniel C.; IVANOVA, Maria H. (orgs). Governança ambiental global: opções & oportunidades. Tradução Assef Nagib Kfoury – São Paulo: Editora SENAC São Paulo, 2005.

TORTAJADA, C. Water Governance: some critical issues, *International Journal of Water Resources Development*, 26:2, 2010, p.297 – 307

TUCCI, C. E. M. 1997. Hidrologia: ciência e aplicação. 2.ed. Porto Alegre: ABRH/Editora da UFRGS, 1997. (Col. ABRH de Recursos Hídricos, v.4).

United Nations Development Program Water Governance Facility (UNDP-WGF) at the Stockholm International Water Institute website. Disponível em: [www.watergovernance.org](http://www.watergovernance.org). Acesso em: 14 de março de 2019.

VILLAR, P. C. Governança dos riscos e os aquíferos transfronteiriços. **GEOUSP: Espaço e Tempo (Online)**, n. 31, p. 93-107, 2012.

WEISS, T. G. Good Governance and global governance: conceptual and actual

WORLD WATER ASSESSMENT PROGRAMME, 2006. Water: A Shared Responsibility. Paris: UNESCO. Disponível em: < [http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/w\\_wdr2/pdf/wwdr2\\_ch\\_2.pdf](http://www.unesco.org/water/wwap/wwdr/w_wdr2/pdf/wwdr2_ch_2.pdf) >. Acesso em 23/01/2019

YASSUDA, E. R. Gestão de recursos hídricos: fundamentos e aspectos institucionais. *Rev. Adm. Púb.*, v.27, n.2, p.5-18, 1993. UNITED NATIONS

## DESASTRE DE MARIANA: IRDR COMO FORMA DE JURISPRUDÊNCIA DEFENSIVA E SUA INEFICÁCIA

MARIANA'S DESASTER: IRDR AS A FORM OF DEFENSIVE JURISPRUDENCE AND IT'S INEFFECTIVENESS

João Gonçalves Ferreira Neto<sup>1</sup>  
Maria Clara Rodrigues Tesch Alves<sup>2</sup>  
Emanuel José Moreira de Souza Teixeira<sup>3</sup>  
Pedro Provete Matias<sup>4</sup>  
Wintter Duarte Nobre<sup>5</sup>  
Astrogildo Júnior Krul Maciel<sup>6</sup>  
Mariana Pires Bordoni Antunes<sup>7</sup>  
Ana Beatriz Cotta Coelho Gomes<sup>8</sup>

### RESUMO:

O presente trabalho visa analisar criticamente a aplicação do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) nos casos oriundos do rompimento da barragem da Samarco S.A. No artigo, foram mostrados os problemas da aplicação do instituto, a qual tem se dado genericamente e sem considerar as nuances de cada caso específico, e as consequências disso para aqueles que desejam uma indenização justa pelos danos sofridos. Buscou-se, principalmente, criticar o uso do IRDR como precedente e sua utilização como forma de jurisprudência defensiva pela companhia mineradora. Além disso, foi feita uma explicação sobre como a conciliação e mediação tem sido praticada nos casos provenientes do desastre, como métodos alternativos de solução de conflitos, implementadas pelo Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Por fim, o objetivo desse trabalho é mostrar que, da maneira como vêm sendo aplicados, os mecanismos processuais supracitados não estão agindo como instrumentos para a obtenção de justiça, no que tange aos afetados pelo desastre e as indenizações que estão sendo despendidas com estes.

**Palavras chaves:** Samarco; Desastre; IRDR; Precedente; Solução consensual de conflitos.

### ABSTRACT:

1 Graduando em Direito; UFJF/GV; joao.gfneto@hotmail.com  
2 Graduanda em Direito; UFJF/GV; mariaclaratesch@hotmail.com  
3 Graduando em Direito; UFJF/GV; emanueljmst@hotmail.com  
4 Graduando em Direito; UFJF/GV; pedroprovete@hotmail.com  
5 Graduando em Direito; UFJF/GV; wintterdn2@hotmail.com  
6 Graduando em Direito; UFJF/GV; juniorkrul@gmail.com  
7 Graduanda em Direito; UFJF/GV; marianabordone@hotmail.com  
8 Graduanda em Direito; UFJF/GV; anab\_cotta@hotmail.com

The present work aims to analyze critically the application of the Incident of Repetitive Demands Resolution (IRDR) in the cases arising from the breaking of a dam owned by Samarco S.A. In the article the problems of the applications of said institute - which have been happening generically and without considering the nuances of each specific case and the consequences to those that want a fair indemnity for the damage suffered - were shown. It was sought, mainly, to criticize the use of the IRDR as a precedent and its usage as a way of defensive jurisprudence by the mining company. Aside from that, it was made an explanation about how the conciliation and mediation have been applied in the cases arising from the disaster as alternative methods of solutioning conflicts, which were implemented by the Conduct Adjustment Term (TAC in portuguese). Lastly, the objective of this work is to show that, by the way they have been being applied, the procedural mechanisms above mentioned are not acting as instruments to obtain justice in what concerns the affecteds by the disaster and the indemnities that are being spent with those people.

**Keywords:** Samarco; Disaster; IRDR; Precedent; Consensual Solution of conflicts.

## 1. O DESASTRE DE MARIANA

A atividade mineradora é compreendida pela separação de material valioso, que será comercializado, daquele que não possui valor. A partir dessa separação, o material que será descartado, ou seja, o sem valor, nomeado como rejeito, terá segundo regimento da Lei nº 12.334, de 20 de setembro de 2010, que estabelece - “a Política Nacional de Segurança de Barragens (PNSB)” - o seu armazenamento em reservatório afim de que não cause danos e impactos ambientais. Essas estruturas de reservatórios são provenientes de terra compactada e nomeadas de barragens.

A barragem de Fundão, localizada no distrito de Bento Rodrigues na cidade de Mariana - MG, de propriedade da Samarco Mineração S/A, empresa controlada pela Vale S/A e BHP Billinton, sofreu rompimento no dia 5 de novembro de 2015. O incidente, de início, foi tratado pela mídia como uma espécie de acidente, desastre ou tragédia; ou ainda, crime ambiental ou socioambiental, uma vez que houveram consequências para a população que vivia as margens da barragem que foram atingidas pela lama tóxica, somadas as populações ribeirinhas que dependiam do rio como sua principal fonte de sustento, que se tornou poluído.

Os rejeitos atingiram os córregos de Fundão e Santarém; está teve também sua barragem atingida que sofreu um transbordamento. Posteriormente, soterrou o distrito de Bento Rodrigues, sendo que nesse local passou de um desastre ambiental, pois 19 pessoas morreram devido ao rompimento.

A lama continuou o curso atingindo o rio Gualaxo do Norte e percorreu 55 km até o rio do Carmos, sendo que nesse trecho as áreas ribeirinhas que possuíam cobertura vegetal foram prejudicadas ao terem a vegetação terrestre destruída por causa do volume da lama que escoou de forma agressiva ultrapassando a capacidade de drenagem desses rios. E, também, a vegetação e vida aquática foram prejudicadas.

De imediato o desastre ocasionou o extravasamento de 40 milhões de metros cúbicos de rejeitos de minério de ferro e sílica, mais 16 milhões de metros cúbicos que continuaram escoando gradativamente, 22km do rio Carmo até o rio Doce que foi atingido, chegando no estado do Espírito Santo, mais especificamente na cidade de Linhares e assim desaguando no Oceano Atlântico, percorrendo um total de 663,2 km.

Durante o percurso até Linhares, os rejeitos foram descolando-se pelo leito do rio Doce gerando no trecho entre o rio Matipó até a divisa MG/ES inundações, provocadas pelo aumento do fluxo hídrico. Nos municípios como Governador Valadares (MG), Baixo Guandu (ES) e Colatina (ES) a força da água já estava menor e ocasionou interrupção da distribuição de água, mortalidade de animais e poluição hídrica e do solo.

Caracterizado como o maior desastre socioambiental no setor de mineração do Brasil, gerou danos econômicos, sociais e ambientais graves. Totalizando um total de 41 cidades afetadas nos estados de Minas Gerais e Espírito Santo, com aproximadamente 500 mil pessoas afetadas no abastecimento de água pelos dois Estados; degradação ambiental de 240,88 hectares de Mata Atlântica. Segundo dados do Ibama (Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais), cerca de 770,23 hectares de área de preservação permanente (APP) foram afetados pelo desastre.

Além disso gerou mais de 50 milhões de metros cúbicos de rejeitos de mineração do reservatório que foi despejado em terrenos e rios e um total de 14 toneladas de peixes mortos; sendo que 26 espécies desapareceram da região afetada e ainda animais terrestres soterrados pela lama. A produção de fotossíntese pelo fitoplâncton ficou prejudicada, dessa forma a cadeia alimentar fica afetada. Em relação aos rios, eles tiveram mudanças na estrutura, como morte de nascentes e modificação na profundidade. E, por fim, a lama prejudicou solos ao contamina-los, deixando os inférteis.

Estudos apontaram que na barragem em questão, haviam aproximadamente 50 milhões de metros cúbicos de resíduos que são classificados como sólidos não perigosos e não inertes, como ferro e manganês.

Por causa dos danos ambientais, além das populações das cidades já citadas ficarem prejudicadas, três reservas indígenas foram atingidas, entre elas os povos Krenak, Tupiniquim e Guarani, visto que o rio é um local para se encontrar alimento e água. Além disso, os povos ribeirinhos sofreram consequências, pois a fonte do sustento foi reduzida, sendo que após mais de três anos do ocorrido a pesca ainda segue restrita nas áreas afetadas.

## 2. PRECEDENTE

O que significa uma decisão pretérita ter o poder de decidir uma questão atual? Decisões podem, de fato, serem controladas pelo passado e responsáveis pelo futuro, ou recorrer para um precedente seria apenas um arranjo, mascarando o que seria na verdade uma decisão elaborada apenas para o hoje? Certo é que apelar para um precedente seja uma forma de argumentação, que pode ser tão convincente quanto persuasivo. De acordo com Schauer (1987), o argumento vindo de um precedente parece, a princípio, orientado para a retrospectiva. A perspectiva tradicional sobre os precedentes, dentro e fora do Direito, tem, desta maneira, focado no uso dos precedentes do passado nas decisões atuais. No entanto, uma argumentação por precedente se projeta também para o futuro, pedindo-nos para olhar as decisões de hoje como um precedente para os julgadores de amanhã. Tal característica observada por Schauer é chamada de “aspecto prospectivo do precedente”.

A sociologia jurídica, como hermenêutica do processo de decisão judicial, tem evoluído significativamente no contexto de nossa jurisprudência, mas o direito brasileiro foi profundamente influenciado pelo civil law, mas ainda mantendo o direito codificado preponderante em nosso ordenamento jurídico. Nesse sentido, torna-se necessário analisar a relação do aspecto prospectivo do precedente nas decisões judiciais brasileiras, sobretudo em cortes superiores como o Supremo Tribunal Federal (STF) e o Superior Tribunal de Justiça (STJ). A análise ainda deve responder sobre o sistema de precedentes judiciais e sua compatibilidade com a democratização da justiça na formação da decisão judicial de acordo com as observações já feitas por Catharina (2014).

De acordo com Filardi (2018), um dos maiores problemas emergentes do advento do Código de Processo Civil de 2015 foi a importância por ele conferido aos precedentes e à jurisprudência dos tribunais. Na ânsia de encontrar solução para o excessivo número de processos e de recursos que congestionam juízos e tribunais, aos poucos transformou-se a cultura dos magistrados, neles amortecendo a preocupação com a qualidade e a justiça das suas decisões e exaltando a automação e a repetição em série de decisões idênticas, incentivadas pelo emprego da tecnologia da informação e pelo suporte de assessores, em busca do alcance de metas predominantemente quantitativas. Nesse contexto de crise da administração da justiça, o fortalecimento do papel dos tribunais superiores e a consequente homogeneização da atuação dos juízos e tribunais inferiores pela força normativa conferida às decisões dos primeiros parece serem soluções de baixo custo, de fácil implementação e elevada eficácia, a que a lei pode prover, sem grandes investimentos.

## 3. IRDR

### 3.1 Conceito

O Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas (IRDR) surge como inovação no novo Código de Processo Civil (CPC), de 2015. Disciplinado pelos artigos 976 a 987 do referido diploma legal, “o IRDR é, como seu próprio nome indica, um incidente. Trata-se de um incidente, instaurado num processo de competência originária ou em recurso” (Didier Jr.; Cunha, 2016, p. 625). Por meio desse incidente, o tribunal, por meio de órgão específico destinado a uniformização de jurisprudências, conforme art. 978, do CPC/15, tem a possibilidade de firmar entendimento sobre uma questão comum em diversos processos, o qual será aplicado nos casos que se sucederem.

O artigo 976 do CPC/15 elenca os requisitos necessários, os quais devem ser obrigatoriamente simultâneos, para que seja possível a instauração de um IRDR. É imprescindível a efetiva repetição de processos que tratem de questões unicamente de Direito, além de risco de ofensa à isonomia ou à segurança jurídica. Outrossim, deve haver causa pendente no tribunal para que seja dado início ao IRDR, na forma de processo originário ou recurso. “Se já encerrado o julgamento, não cabe mais o IRDR. Os interessados poderão suscitar o IRDR em outra causa pendente, mas não naquela que já foi julgada.” (Didier Jr.; Cunha, 2016, p. 628)

A referida repetição impossibilita que o IRDR seja criado em caráter preventivo, logo este somente será admitido quando aquela for auferida. Não há um número exato para se definir “efetiva repetição”:

Não se cogita na lei brasileira de um número mínimo de processos repetitivos para se autorizar o uso do incidente, mas isso não significa que um número irrisório de casos permita a sua instauração. É necessária a demonstração do efetivo dissenso interpretativo e não um dissenso potencial, sob pena de se instaurar a possibilidade da vedada padronização preventiva (Theodoro Junior, et. al., 2016, p. 442 e 443)

No que tange ao risco à isonomia e à segurança jurídica, para que este seja mitigado, faz-se mister a presença de sentenças com decisões antagônicas, ou seja, com pontos de vista que vão de encontro entre si:

Para que se possa fixar uma tese jurídica a ser aplicada a casos futuros, é preciso que sejam examinados todos os pontos de vista, com a possibilidade de análise do maior número de argumentos. É assim que se evita risco à isonomia e à segurança jurídica. Se há diversos casos repetitivos, mas todos julgados no mesmo sentido, mas não risco à isonomia, nem à segurança jurídica. Deve, enfim, haver comprovação de divergência apta a gerar o IRDR (Didier Jr.; Cunha, 2016, p. 627)

O IRDR é, portanto, uma solução utilizada pelos tribunais para decidir sobre questões que se repetem excessivamente em processos distintos. Contudo, o caso concreto nunca pode deixar de ser observado, visto que cada contexto, apesar de tratar da mesma questão, possui singularidades que não podem ser padronizadas pelo Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, na medida em que se “aplicará o padrão decisório em consonância com as peculiaridades fático-probatórias de cada caso” (Theodoro Junior, et. al., 2016, p. 443).

Logo, os tribunais, no momento de aplicar o IRDR, devem ter a cautela de utilizar esse instituto juntamente com as características do caso por ele abrangido, de forma que,

do contrário, há o risco de decisões injustas, que não atendem as necessidades das partes, serem promulgadas. Por isso, deve ser inconcebível uma fria aplicação do IRDR, sem antes auferir as peculiaridades do processo:

Assim sendo, o julgamento no tribunal dar-se-á na parte padronizável, sob pena de inviabilizar a instauração do incidente em relação a processos em primeiro grau (art. 977, I), eis que o IRDR se limita à matéria jurídica (art. 976, I), de modo que a análise de fatos e provas ficará sob a competência do juízo de aplicação (Theodoro Junior, et. al., 2016. p. 443 e 444).

### 3.2 O IRDR como precedente

Estabelecido o conceito acerca do instituto do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, e, de acordo com o raciocínio exposto sobre a teoria dos precedentes, avança-se agora na construção lógica para o uso do IRDR como precedente, no caso Samarco.

Primeiro, é preciso entender, sumariamente, o caminho percorrido na instauração desse instituto: quanto ao cabimento, o IRDR pode ser instaurado em uma hipótese específica, registrada nos incisos I e II do art. 976 do CPC/2015, no caso, quando houver, simultaneamente, efetiva repetição de processos que contenham controvérsia sobre a mesma questão unicamente de direito (I) e risco de ofensa à isonomia e à segurança jurídica (II), além de certos requisitos negativos. Atingidos os pressupostos de cabimento, o pedido (feito por qualquer um dos legitimados do artigo 977 do CPC/2015) será encaminhado e deverá ser admitido pelo órgão colegiado competente, o que gerará suspensão dos processos pendentes e iniciará o prazo de um ano para que o IRDR seja julgado.

Em segundo, é importante compreender o que está por trás do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, ou seja, quais são os pressupostos e/ou objetivos que ensejaram a discussão sobre a implementação desse instituto no Código de Processo Civil de 2015. Em suma, o porquê de sua criação. Para além do que o próprio nome sugere, o IRDR tem dois grandes objetivos principais, são eles:

- a) A uniformização das decisões relacionadas a questões unicamente de direito – sejam materiais ou processuais;
- b) A aplicação simplificada da tutela jurisdicional.

Esses dois objetivos visam, respectivamente: conferir uma uniformização de argumentos à questão de direito tratada e, conseqüentemente, maior efetividade às decisões judiciais; e diminuir o número de processos em série de ações com a mesma matéria, visto que a criação de um padrão de previsibilidade das decisões judiciais com fundação na busca por uma estabilidade das decisões norteia o magistrado, o que agiliza sua decisão:

A criação de uma ferramenta processual voltada para o manejo de demandas individuais com propagação serial se atenta a dois objetivos precípuos. O primeiro deles se funda na criação de um sistema de uniformização de decisões

envolvendo questões unicamente de direito – seja material, seja processual (art. 976, p. 4º, CPC/2015) – oriundas de processos individuais ou coletivos dentro do mesmo Tribunal, para conferir linearidade argumentativa ao direito e maior efetividade às decisões judiciais.

Noutro giro, busca-se privilegiar a simplificação da aplicação da tutela jurisdicional, diminuindo ou evitando o abarrotamento em série de ações com a mesma matéria nos Tribunais, construindo um padrão de previsibilidade das decisões judiciais fundada na perseguição normativa de coerência, integridade de estabilidade (art. 926, CPC/2015). (Lucon; Oliveira, 2017, p. 130).

Sendo assim, a aplicação do IRDR gera um tipo de reforço à segurança jurídica, o que afasta os casos de jurisprudências com decisões variadas dentro de um mesmo tribunal. No entanto, isso deixa à própria “sorte” o litigante que precisa contar com um resultado positivo na aleatoriedade existente de fins possíveis para o seu processo baseado em antigas jurisprudências, ainda que matéria semelhante já tenha passado por aquele tribunal diversas vezes.

É aqui, portanto, que essa uniformização jurisprudencial, trazida pelo julgamento de um Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas prévio, acerca de determinada matéria, revela a faceta do IRDR como um precedente jurídico, ou seja, o magistrado poderá buscar, no resultado do julgamento do incidente, bases argumentativas, dentro de uma linearidade de ideias agora certas, perante compreensão do tribunal, o norte para a sua decisão. Há de se perceber que, como um precedente, a decisão proferida pelo órgão superior no passado não é uma norma de direito material ou processual, podendo ou não, dessa forma, ter eficácia obrigatória no caso concreto, ao que fica notado que jamais será dispensada a interpretação do magistrado. Assim, fica claro que qualquer vinculação por precedente gerada pelo julgamento de um IRDR necessita da atuação do magistrado para interpretá-lo no caso concreto, buscando, por meio de uma decisão pretérita e genérica, todas as casuísticas da ação em voga e as inovações criadas no campo jurídico que se provam relevantes naquele momento, com o fim de se obter uma decisão mais justa e igualitária.

No que tange ao caso da Samarco, mais especificamente o rompimento da barragem de Mariana, que destruiu a cidade, poluiu o Rio Doce e afetou toda a região, em especial cidades que dependiam completamente do rio, como Governador Valadares, serão traçadas críticas ao instituto do IRDR, a fim de elucidar, para além do seu dever ser, como ele de fato tem sido empregado, nesse caso. O IRDR 1.0105.16.000562-2/004 vai servir de base para companhia mineradora, a qual busca, por meio deste, padronizar as indenizações para todos os casos que vierem a surgir, com a justificativa de que os pedidos são todos provenientes do mesmo fato, no caso, o rompimento da barragem.

De primo, uma questão puramente jurídica. Como dito anteriormente, um dos requisitos do IRDR é que o instituto deve tratar de matérias apenas de direito (seja material ou processual), ou seja, não se enquadra, como objetivo do Incidente de Resolução de Demandas Repetitivas, julgar matérias de fato, tampouco os fatos levantados nos casos concretos. O problema com essa questão é que, no caso das famílias atingidas pela falta de

abastecimento de água nas cidades próximas, foi criado um IRDR, aceito pelo Tribunal e atualmente em julgamento, que visa fixar valor indenizatório para as causas de reparação de danos, ou seja, adentrar matéria de fato, a qual deveria ser analisada em separado, de acordo com cada caso.

Dito isso, é possível compreender que o uso do IRDR nesses moldes dá mais sentido ao objetivo de diminuir o número de processos do que propriamente à qualidade das decisões. Quando vários casos distintos, ligados unicamente pelo fato gerador destes, são julgados como demandas repetitivas, perdem-se inevitavelmente todas as nuances de cada caso concreto, que, ao serem ignoradas, fazem com que o precedente gerado pelo IRDR seja nada além de uma resposta geral e igual para indenizar fatos e danos distintos entre si. Trazendo essa digressão para um exemplo mais palpável, uma família pobre que, sem abastecimento de água por longo período precisou se endividar para poder subsistir e por vezes passou sede e risco de vida, deverá ser indenizada na mesma proporção que um cidadão de classe média cujo prejuízo maior foi o de gastar certa quantia na compra de galões de água.

Por último, os dois pontos acima elucidados nos trazem a questão principal: o IRDR para litigantes habituais é uma forma de jurisprudência defensiva. Os precedentes gerados pelo julgamento do instituto de demandas repetitivas não se valem do mérito de cada ação, ou seja, julgam erroneamente questões de fato sem apuração de provas (o que fere os princípios processuais básicos da Constituição como a ampla defesa e o contraditório, e conseqüentemente todo o Estado Democrático de Direitos), geram indenizações ignorantes quanto à realidade de cada caso, uniformizam casos diferentes entre si, e, tudo isso, beneficia apenas uma das partes: aquela que figura no polo passivo. Para empresas abrangentes como a Samarco, uma das maiores empresas mineradoras do mundo, a qual movimenta quantias bilionárias anualmente, o IRDR, da forma como vem sendo aplicado, funciona como um tipo de multa geral de baixo custo, nada além de uma causalidade trivial nas contas de um gigante da mineração, que, quando analisada em relação aos ganhos advindos da não observância de questões de segurança e de proteção do meio ambiente, se mostra muito mais lucrativa do que agir para prevenir o acontecimento de um desastre. Tanto é fato essa afirmação que, no começo do ano de 2019, outra barragem se rompeu no Estado de Minas Gerais, matando novamente dezenas de pessoas, deixando centenas desabrigadas, desamparadas e sem apoio judicial.

Visto tudo isso, nota-se uma clara falha no sistema jurídico brasileiro. O IRDR que vem como solução, acaba se tornando um novo problema, uma forma de litigantes habituais (ou seja, grandes empresas) usarem o poder judiciário como forma de jogo de interesse, visto saberem que as indenizações pagas por infringir normas não superarão os lucros advindos de tais infrações.

Com as devastadoras consequências que o desastre de Mariana trouxe para as cidades banhadas pela bacia do Rio Doce, e a urgência de reparação desses danos, foi

escolhido meio extrajudicial, para ocorrer essas negociações, por conta do grande contingente de pessoas atingidas e a morosidade do sistema judicial, com a justificativa de tornar a reparação mais célere. Assim, o que está sendo utilizado são métodos alternativos de solução de conflito, sendo ele a mediação e a conciliação, que é implementada pelo Termo de Ajustamento de Conduta (TAC). Esses métodos foram implementados no Brasil pela Resolução n. 125/2010/CNJ, que igualou a mediação e conciliação com a decisão judicial, no que diz respeito ao acesso à justiça. Essa Resolução também estabeleceu princípios como: confidencialidade, imparcialidade, independência e autonomia e respeito às leis vigentes.

O TAC está previsto no ordenamento no Código de Defesa do Consumidor, como método extrajudicial, que ao ser homologado ter força de título executivo judicial. Esse pode ser proposto por órgãos da Administração Pública Direta e Indireta, além do Ministério Público, tendo o seu objetivo de ceifar uma violação e reparar direitos difusos e coletivos. “Sendo definido como “meio idôneo” e muito eficaz para a rápida resolução dos conflitos envolvendo as questões ambientais, em substituição a Ação Civil Pública” (CERUTI;ALCARÁ, 2018,p.244).

O conteúdo do TAC deveria versar somente sobre a forma da execução da reparação do dano, e o prazo, não podendo ser discutido o direito material que levou aquela reparação. Sendo aplicada então, uma conciliação, que é um método em que um terceiro tem uma posição mais ativa para buscar a harmonia entre as partes, mantendo uma posição neutra, sendo utilizada para conflitos mais simples, tendo um pressuposto de igualdade processual entre as partes, para haver uma negociação paritária.

Já a mediação é considerada um método de resolução de conflitos, caracterizado por vários atos procedimentais, a partir dos quais um terceiro imparcial facilita a negociação entre as partes em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que compatibilizem os seus interesses e necessidades (FREITAS; LIMA, 2018). Como a mediação tem o objetivo de cooperação entre as partes, de forma a incluí-las na solução do próprio litígio, o que se tem discutido é a possibilidade de aplicar o método para direitos indisponíveis, como os direitos ambientais, pois implica a transação parcial do direito pela parte.

O Termo de Transação de Ajustamento de Conduta (TTAC) definiu alguns valores de reparação, como a cláusula 10, inciso II que define o pagamento em caso de prestação única, conforme os parâmetros da negociação coordenada. E em caso de prestação continuidade é definido que as parcelas não podem ser inferiores a 1 salário mínimo por mês, acrescido 20% por dependente.

Além disso, o TTAC criou a entidade Fundação Renova que trabalha na mobilização de reparação de danos, que possui duas vertentes de programas socioambientais e socioeconômicos. São implementadas duas principais formas frentes de reparação: a reparação em si, que visa diminuir os impactos do rompimento; e a compensação que tem como objetivo ressarcir a sociedade.

No entanto, essa aplicação demasiada dos métodos extrajudiciais, sem observar as peculiaridades de cada caso, implica muitas vezes na própria demora da solução do conflito, por conta dos prazos serem adiados sucessivamente, e não haver a devida fiscalização do Poder Público, fato que se contradiz com o próprio objetivo de celeridade.

Dessa forma, dentro do contexto do desastre, esses métodos de resolução de conflitos vêm demonstrando serem cada vez mais ineficazes, já que deixam de levar em conta diversas variantes (extensão, gravidade e intensidade do dano, etc.) quantificando previamente, aquilo que só pode ser determinado diante da análise do caso concreto. Os valores oferecidos às vítimas na conciliação são previamente determinadas, não deixam margem para negociação e demonstração de dano real, desta maneira, não representam verdadeiro ressarcimento pelas perdas sofridas, não tendo o caráter propriamente indenizatório. Em verdade, as quantias, até então oferecidas pela empresa, são bem inferiores a qualquer dano sofrido pelos atingidos.

Para além disso, as vítimas se veem coagidas a aceitar tais acordos, uma vez que têm receios de entrar com um processo judicial que possa acabar se prolongando por tempo indeterminado, ainda podendo enfrentar a tentativa da própria Samarco em protelar a decisão final.

Observa-se a existência de uma disparidade grande entre as partes que impossibilita uma resolução consensual satisfatória e fidedigna. Essa falta de igualdade não permite que ambas tenham as mesmas condições de condução da negociação. Dessa forma, a empresa, que em tese tem maior poder de barganha, acaba por tender ou mesmo impor as decisões a seu favor em sede de mediação e conciliação. Tal fato, fica evidente no sistema elabora, que nem mesmo pode ser chamado de mediação, uma vez que o atingido tem apenas a prerrogativa de aceitar ou não a proposta feita pela Fundação Renova, que acaba controlando todo o procedimento. Nesse sentido, não havendo a busca de consenso que toda mediação deve respeitar, que é previsto no art. 2º, inciso VI, Lei 13.140/2015. Assim, embora com o intuito de uma maior agilidade nas compensações indenizatórias, suprimindo demandas numerosas com relação a uma pretensão semelhante, o que tem ocorrido é uma desconsideração das pessoas envolvidas e prejudicadas pela tragédia, com o que mais parece uma distribuição de valores simbólicos como forma de eximir a responsabilização da Samarco.

O papel do Estado é propor um eficaz acesso à justiça, com verdadeira obtenção de restituição pelos danos sofridos, e não apenas almejar reduzir demandas. A mediação e conciliação, enquanto formas de jurisdição, necessitam buscar a obtenção de tutela jurisdicional adequada. Nesse sentido, faz-se indispensável a construção de procedimento que leve em conta o objeto do litígio, bem como as características dos ligantes, “pois um procedimento inadequado ao direito material pode importar verdadeira negação da tutela jurisdicional” (DIDIER, p. 7). Algo, totalmente, vedado pela Constituição de 1988, que estabelece em seu art. 5º, inciso XXXV, que não se excluirá da apreciação do Poder Judiciário

lesão ou ameaça a direito (princípio da inafastabilidade); além de também contrária a resolução nº 125 de 2010 do Conselho Nacional de Justiça: “cabe ao Judiciário estabelecer política pública de tratamento adequado dos problemas jurídicos e dos conflitos de interesses...”. O princípio da inafastabilidade “garante, ainda, uma tutela adequada à realidade de direito material, ou seja, garante o procedimento, a espécie de cognição, a natureza do provimento e os meios executórios adequados às peculiaridades da situação de direito material” (DIDIER, p. 6). O Poder Público, na figura de seus representantes, deve conformar o procedimento às peculiaridades do caso concreto, por meio de atos que melhor possam tutelar o direito material almejado, não podendo deixar essa função relegada a um terceiro.

#### 4. CONCLUSÃO

Diante da proporção das consequências dos desastres ambientais aqui mencionados e da ineficácia dos métodos de mediação e conciliação, posto que em tais formas de resolução de conflitos é preciso paridade de escolha entre as partes, fato este não observado nos rumos do procedimento, já que houve amplo controle da Fundação Renova por meio do uso (in)adequado de IRDR para sanar os prejuízos das partes, é possível deflagrar a insuficiência fática desse instrumento jurídico no discutir de Direitos Indisponíveis.

O que justifica tal afirmação é justamente a dissonância entre a forma na qual o IRDR foi utilizado pela Samarco, ou seja, para dar maior importância à celeridade processual e tentar resolver o maior número de demandas possíveis, com a complexidade dos danos do rompimento das barragens, em que cada caso necessita de uma análise minuciosa, dado que foram prejudicados diversos setores da sociedade, desde o meio ambiente, com a destruição da biodiversidade ao redor, até a própria vida dos atingidos, seja na mudança forçada dos locais afetados, como houve com os povos indígenas e população ribeirinha, seja na falta de abastecimento de água, como ocorreu por meses na cidade de Governador Valadares.

É preciso repensar se o acesso à justiça tão louvado pela Carta Magna, por meio do princípio da inafastabilidade, é ainda preservado quando a lógica de mercado insiste em permear as instâncias do judiciário. O uso de IRDR como jurisprudência defensiva para sanar os impactos aos Direitos Indisponíveis dos atingidos pelo incidente, como foi usado pela Fundação Renova, criou o seguinte entrave: segurança jurídica versus Direitos Indisponíveis. Sendo de um lado, celeridade e eficiência nas decisões jurisprudenciais, as quais são utilizadas como subterfúgios para a resolução de problemas complexos do mundo da vida e, do outro, garantias constitucionais como direito a vida, saúde e dignidade dos povos prejudicados pelo vazamento de dejetos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL, **Código de Processo Civil**, de 16 de março de 2015. Disponível em < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm)>. Acesso em 5 de abril de 2019.

DIDIER JUNIOR., F; CUNHA, L. C. **Curso de Direito Processual Civil: Meios de Impugnação às Decisões Judiciais e Processo nos Tribunais**. 13ª ed. reform. Salvador: JusPodivm, 2016.

THEODORO JUNIOR, Humberto. et. al. **Novo CPC – Fundamentos e Sistematização**. 3. ed. Ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016.

LUCON, P. H.; OLIVEIRA, P. M. **Panorama Atual do Novo CPC 2**. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.

SCHAUER, F. Precedent. **Stanford Law Review**. Stanford, fevereiro de 1987.

DIDIER JÚNIOR, F. et al. **Coleção grande temas do novo CPC**, In: BUSTAMANTE. Thomas da Rosa de. A dificuldade de se criar uma cultura argumentativa do precedente judicial. 2. ed. Salvador: Juspodivm. 2016

BEZERRA, J. **Desastre de Mariana**. Disponível em: <<https://www.todamateria.com.br/desastre-de-mariana/>>. Acesso em 8 de abril de 2019.

COSTA, C. **O que já sabe sobre o impacto da lama de Mariana?** Disponível em: < [https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201\\_dados\\_mariana\\_cc](https://www.bbc.com/portuguese/noticias/2015/12/151201_dados_mariana_cc) >. Acesso em 8 de abril de 2019.

ESTADO DE MINAS. **Pesca segue restrita no rio Doce após 3 anos. O reflorestamento avança**. Disponível em: < [https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/11/09/interna\\_gerais,1004551/pesca-segue-restrita-no-rio-doce-apos-3-anos-reflorestamento-avanca.shtml](https://www.em.com.br/app/noticia/gerais/2018/11/09/interna_gerais,1004551/pesca-segue-restrita-no-rio-doce-apos-3-anos-reflorestamento-avanca.shtml) >. Acesso em 8 de abril de 2019.

IBAMA. **Rompimento da barragem de fundão: Documentos relacionados ao desastre da Samarco em Mariana/MG**. Disponível em: < <http://www.ibama.gov.br/cites-e-comercio-exterior/cites?id=117> >. Acesso em 8 de abril de 2019.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL. **O Desastre**. Disponível em: < <http://www.mpf.mp.br/grandes-casos/caso-rio-doce/o-desastre>>. Acesso em 8 de abril de 2019.

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO. **Rompimento de barragem em Mariana/MG: acidente, desastre ou crime**. Disponível em: < <http://prceu.usp.br/noticia/rompimento-de-barragem-em-mariana-mg-acidente-desastre-ou-crime-ambiental/> >. Acesso em 8 de abril de 2019.

CERUTTI, Thaynara C.; ALCARÁ, Marcos. **Utilização do TAC para solucionar conflitos em matéria ambiental: uma alternativa à Ação Civil Pública Ambiental**. Revista Jurídica Direito, Sociedade e Justiça/RJDSJ, v. 6, n. 1, Mar-Jun./2018, p.229-246. Disponível em: < <http://periodicosonline.uems.br/index.php/RJDSJ/article/view/2429> >. Acesso em 6 de abril de 2019.

DIDIER JR, Fredie. **“Sobre dois importantes, e esquecidos, princípios do processo: adequação e adaptabilidade do procedimento”**. In: Academia Brasileira de Direito Processual Civil. Disponível em: < [http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier\\_3\\_-%20formatado.pdf](http://www.abdpc.org.br/abdpc/artigos/fredie%20didier_3_-%20formatado.pdf) >. Acesso em 07 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: < [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm) >. Acesso em 07 de abril de 2019.

CONGRESSO NACIONAL DE JUSTIÇA. **Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências**. Resolução n. 125, de 29 de novembro de 2010. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2579> >. Acesso em 07 de abril de 2019.

FREITAS, Gilberto Passos de; LIMA, Luciana Cristina da Conceição. **Solução pacífica de controvérsias socioambientais: do preâmbulo constitucional à prática**. Scientia Iuris, Londrina, v. 22, n. 3, p. 39-56, nov. 2018. Disponível em: < <http://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/29759> >. Acesso em 06 abril de 2019.

# ED 2

Mundo do trabalho,  
movimento sindical e direitos

## DESREGULAMENTAÇÃO E FLEXIBILIZAÇÃO: A INFLUÊNCIA DO PENSAMENTO DE LUDWIG VON MISES NO NOVO DIREITO DO TRABALHO

DEREGULATION AND FLEXIBILIZATION: THE INFLUENCE OF LUDWIG VON MISES'S THINKING ON THE NEW LABOR LAW

José Bruno Aparecido da Silva

### RESUMO:

O Presente trabalho se propõe a fazer uma análise crítica da influência do pensamento do economista Ludwig von Mises no novo Direito Trabalhista. As teorias de Mises, propagadas no Brasil por meio de institutos e coletivos liberais de grande expressão na internet, forneceram o componente ideológico que, aliado às transformações sociais, políticas e econômicas vividas pelo país nos últimos anos, deram sustentação à propositura e aprovação de alterações legislativas que retiraram direitos dos trabalhadores e inverteram a lógica da hermenêutica aplicada ao Direito do Trabalho, ao deixar de considerar o trabalhador como a parte hipossuficiente da relação jurídica em questão.

**Palavras-Chave:** Direito do Trabalho; Desregulamentação; Flexibilização; Liberalismo; Ludwig von Mises.

### ABSTRACT:

The present work proposes to make a critical analysis of the influence of the economist Ludwig von Mises' thinking on the new Labor Law. The theories of Mises, propagated in Brazil through liberal institutes and collectives of great expression on the Internet, provided the ideological component that, together with the social, political and economic transformations experienced by the country in the last years, supported the proposal and approval of changes legislators who have withdrawn workers' rights and reversed the logic of hermeneutics applied to labor law, to stop assuming the worker as the hypersufficient part of the legal relationship in question.

**Keywords:** Labor Law; Deregulation; Flexibilization; Liberalism; Ludwig von Mises.

### 1. INTRODUÇÃO

A análise jurídico/compreensiva e jurídico/dogmática foi realizada por meio da revisão bibliográfica, que compreendeu a busca de referências na doutrina do Direito do Trabalho, na obra de Mises e na letra da Lei 13.467/2017, que ficou conhecida como a

reforma trabalhista, sem, no entanto, desconsiderar a Lei 13.429/2017, que trata, dentre outras disposições, sobre a permissão concedida às empresas para terceirizarem suas atividades fim, o que antes era defeso por força da própria legislação.

A análise se firmou sobre os pressupostos da Teoria Crítica do Direito, tendo como referencial os escritos de Antônio Carlos Wolkmer (2002). Com base em tais pressupostos se buscou questionar o conhecimento jurídico construído por meio da identificação dos interesses que o permeiam. Neste aspecto, o diálogo proposto com a obra de Ludwig von Mises permitiu identificar quais seriam estes interesses e de que forma eles ressurgem no contexto atual, influenciando narrativas e determinando os rumos do novo Direito do Trabalho.

Para que fosse possível investigar os fundamentos teleológicos das leis supracitadas, o presente estudo abordou ainda o contexto político, social e econômico que antecedeu a propositura dos dispositivos legais e ainda quais foram as forças atuantes neste momento histórico. Entende-se que ao apresentar os principais atores sociais envolvidos torna possível apontar quais seriam seus objetivos e de que forma são beneficiados ou prejudicados pela nova legislação.

O pensamento de Ludwig von Mises foi apropriado pelos grupos que militaram pela aprovação da reforma trabalhista e da lei das terceirizações, e tal apropriação justificou a busca, em sua obra, pelos pressupostos capazes de apontar com maior clareza os fins almejados por estes grupos. A identificação de tais pressupostos foi de fundamental importância para que se pudesse desenvolver a investigação teleológica proposta.

## 2. A TEORIA CRÍTICA APLICADA AO DIREITO DO TRABALHO

A compreensão da forma com que uma corrente de pensamento influencia determinado campo do direito está diretamente associada à noção do ordenamento jurídico como construção social, que estaria de tal modo sujeita à dialética da história e à medição de forças entre classes sociais e interesses divergentes. Luiz Fernando Coelho (1991, p.263), em sua obra *Teoria Crítica do Direito*, defende que “o Estado moderno é construção da classe dominante no mundo ocidental, organizado burocraticamente para servir seus próprios interesses de proprietários”, o que aduz que o direito seria, por conseguinte, um fruto de tal construção.

Souza e Catana (2009, p.14) lembram que “ao examinar noções como as de dinheiro, consumo e produção, torna-se claro que nenhuma delas representa uma coisa objetiva ou um fato, mas que, ao invés disso, todas são contextos historicamente contingentes, mediados pelas relações de dominação e subordinação”. Há, portanto, contradições entre a pluralidade de interesses e a tutela estatal exercida pelo ordenamento jurídico. O reconhecimento de tais contradições é um fundamento da chamada teoria crítica do direito, deste reconhecimento é que viria a desconfiança necessária à construção de um

conhecimento real. Tal teoria é definida por Antonio Carlos Wolkmer (2002, p.18) como uma:

[...] formulação teórico-prática que se revela sob a forma do exercício reflexivo capaz de questionar e de romper com o que está disciplinarmente ordenado e oficialmente consagrado (no conhecimento, no discurso e no comportamento) em dada formação social e a possibilidade de conceber e operacionalizar outras formas diferenciadas, não repressivas e emancipadoras, de prática jurídica.

Wolkmer (2002, p.130) argumenta que o Direito do Trabalho é um dos campos do Direito que “melhor favorece e estimula investigações críticas, na medida em que a sociedade capitalista funda-se no valor-trabalho, e a ordem jurídica aparece como uma instância que oferece certa garantia mínima à força do trabalho marginalizada”. O Direito do Trabalho sofre, portanto, influência constante da disputa de interesses divergentes entre empregadores e empregados, disputa à qual Karl Marx e Friedrich Engels conceituaram como “luta de classes” (2006, p.23).

É pertinente, deste modo, que, na adoção de uma análise crítica, se considere o contexto que deu ensejo à positivação da norma e ainda os fatos sociais e as forças conflitantes que o produziram. Pois, entende-se que a fundamentação da dita análise passa necessariamente pela investigação do caráter teleológico da norma, que é definido por Martinez (2018, p.98) como a conexão entre tal norma e o seus fins precípuos. Tal investigação, portanto, passa necessariamente pela análise das fontes do Direito do Trabalho.

Luciano Martinez (2018, p. 86) explica que as estruturas originárias do Direito do Trabalho, suas fontes, podem ser classificadas em materiais e formais. As formais constituiriam a exteriorização do direito, enquanto que as materiais, que são as que interessam a este trabalho, seriam formadas pelos “acontecimentos históricos, assim considerados os relevantes fatos sociais, econômicos ou políticos que despertam o processo de criação da norma jurídica”.

Para o Wolkmer (2002, p.130), uma nova realidade no mundo do trabalho é definida pela atuação das “novas forças produtivas periféricas e das novas relações sociais desiguais” e pela institucionalização da luta de sindicatos e tribunais. É a esta nova realidade que a corrente ideológica, influenciada pelo pensamento do economista Ludwig von Mises, insurge como fator de contraposição e o resultado deste embate é, conforme o documento *Contribuição Crítica à Reforma da Trabalhista* (GALVÃO et al., 2017), uma crescente subordinação do capital produtivo à lógica das finanças.

Os fundamentos da corrente de pensamento que tem como objetivo a desregulamentação e a desestruturação do direito trabalhista são baseados na negação dos pressupostos de que o trabalhador é a parte hipossuficiente<sup>1</sup> da relação trabalhista e ainda de que exista contraposição de interesses na relação de emprego. É a tal narrativa

<sup>1</sup> No Direito do Trabalho o princípio da proteção diz respeito à busca pela igualdade substancial na relação jurídica entre empregado e empregador. O empregado é tido como a parte mais fraca, pois a condição do empregador na relação lhe permite impor unilateralmente as cláusulas do contrato (MARTINEZ, 2018, p. 120).

que a obra de Mises e sua militância política dão sustentação, como será abordado mais adiante.

## 2. O NOVO DIREITO DO TRABALHO BRASILEIRO COMO CONSEQUÊNCIA DA ADOÇÃO DE UM MODELO DE ESTADO NEOLIBERAL

Em sua obra *A Verdade e as Formas Jurídicas*, Michel Foucault (2002, p.110) faz referência ao que chamou de *Panopticon* industrial, um modelo de indústria no qual o dia do trabalhador era comprado por completo, não lhe sobrando tempo para dedicação à sua vida pessoal. Esta lógica, que ele considera um “sonho patronal”, era reproduzida em fábricas-prisões e fábricas-conventos, e existiu, de acordo com ele, em larga escala no início do século XIX, sendo que apenas no sudeste Francês, naquele período, 40.000 operárias têxteis trabalhavam sob este regime.

O modelo citado por Foucault entrou em declínio devido às mudanças no ritmo de produção, que tornaram inviável a sustentação da estrutura necessária à manutenção de tal regime. Esta realidade, no entanto, interessa a este estudo, pois serve de exemplo do ponto a que as relações de trabalho podem chegar quando estabelecidas em uma realidade de inexistência ou de extrema fragilidade do Direito do Trabalho.

Historicamente, com o surgimento das normas que visavam regular as relações entre empregados e empregadores, há uma transferência para a esfera pública daquilo que antes era definido na esfera privada por meio do contratualismo liberal ortodoxo. Sobre este processo, Galvão et al. (2017, p.11) ressaltam que:

No lugar de direitos e deveres definidos em termos individuais, a lei passou a definir salários e condições de trabalho. Reconhecia-se o trabalhador como parte integrante de um coletivo cujo estatuto social ultrapassava a dimensão individual do contrato de trabalho. Desse modo, o reconhecimento público de direitos, sob um conjunto de normas mais ou menos uniformes, contribuiu para forjar sentimentos de pertença a um grupo social.

É cabível lembrar que a positivação do direito é o fruto de um dado momento social, conforme já abordado, e, como tal, ela é insuficiente para garantir a permanência deste direito no ordenamento depois de alterada a situação que lhe deu ensejo. A sociedade não é um organismo estático e é natural que o Direito tenda a acompanhá-la em suas mutações, na que muitas vezes não no mesmo ritmo. Contudo, em dados períodos há pressões sociais para que mudanças ocorram em determinada direção e com uma velocidade maior.

Aquilo que tem sido frequentemente chamado de novo Direito do Trabalho brasileiro foi positivado principalmente por meio da aprovação da Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a), que ficou conhecida como a reforma trabalhista, cabendo, no entanto, também a citação da Lei 13.429/2017 (BRASIL, 2017b), que dispõe, dentre outras coisas, sobre a permissão concedida às empresas para terceirizarem suas atividades fim, o que antes era defeso por força da própria legislação.

A mudança na legislação não é um fato social isolado, a ela se soma uma série de medidas de caráter austero, que reduzem o tamanho e conseqüentemente o campo de abrangência do Estado, ao mesmo tempo em que desmonta o arcabouço de direitos herdado do estado social. De mesma natureza são a reforma da previdência, ainda não aprovada, o congelamento de gastos públicos por 20 anos e a retomada da política de privatizações. O objetivo de tais mudanças, conforme Galvão et al. (2017, p.7), seria o de:

[...] criar um ambiente institucional favorável para o capital produtivo e para o rentismo, assegurando aos primeiros a possibilidade de reduzir custos por meio da reforma trabalhista e da ampliação da terceirização, e garantindo aos últimos rentabilidade via redução dos gastos públicos e da reforma da previdência.

Este conjunto de políticas e reformas está relacionado à adoção de um modelo de estado neoliberal, menos interventor na economia e menos preocupado com a garantia de direitos sociais. A redução da máquina pública atende ao interesse de entidades patronais na medida em que reduz a carga tributária e o custo do trabalho. Galvão et al. (2017, p.5) destaca o fato de que os argumentos que embasaram a Lei 13.467/2017, já estavam presentes em tetos da Confederação nacional da Indústria (CNI) e da Confederação da Agricultura e Pecuária do Brasil (CNA).

Tais argumentos apareceram também, de acordo com os autores, no programa Ponte para o Futuro, lançado em 2015 pelo PMDB, partido do então vice-presidente Michel Temer (GALVÃO et al., 2017). Com o impeachment da ex-presidente Dilma Roussef, o programa foi posto em prática, contando com o apoio das mesmas instituições que lhe forneceram os argumentos. O que aconteceu foi, portanto, a adoção, sem negociação ou diálogo, dos pressupostos mais interessantes à parte hipersuficiente da relação de emprego – o empregador - contrariando, de tal modo, um dos princípios do Direito do Trabalho, o que diz respeito à proteção do trabalhador.

## 3. A reforma trabalhista e seus efeitos sobre as relações de trabalho

A reforma trabalhista alterou, criou ou revogou mais de cem artigos e parágrafos da CLT e tais mudanças representam uma verdadeira quebra de paradigma no mercado de trabalho, as principais alterações dizem respeito à flexibilização da jornada de trabalho, à flexibilização da remuneração, ao trabalho intermitente e autônomo, à rescisão do contrato de trabalho, à representação dos trabalhadores, à descentralização das negociações, dentre outros pontos (CARVALHO, 2017).

No tocante à jornada de trabalho, passam a vigorar as seguintes alterações:

- a) possibilidade de negociar acordos que flexibilizam a jornada de trabalho;
- b) possibilidade de usar o banco de horas;
- c) permissão para reduzir o intervalo em jornadas de mais de seis horas de uma para meia hora;
- d) permissão para ampliar a jornada em ambientes insalubres;

- e) deixa de ser necessário o acordo coletivo para a adoção do banco de horas;
- f) a jornada 12-36 é legalizada para qualquer trabalhador, excluindo a necessidade de licença do Ministério do Trabalho no caso de atividades insalubres;
- g) a indenização dos intervalos não concedidos passa a ser só sobre o período suprimido;
- h) o tempo de deslocamento para o trabalho, quando o transporte é concedido pelo empregador, passa a ser desconsiderado da jornada;
- i) amplia o tempo parcial sem possibilidade de hora extra para trinta horas, ou vinte seis horas com até seis horas extras semanais (CARVALHO, 2017).

A flexibilização da remuneração se dá com as seguintes medidas:

- a) permissão de que sejam amplamente negociados planos de cargos e salários, enquadramento de funções comissionadas, remuneração por produtividade e desempenho, prêmios de incentivo e participações nos lucros e resultados;
- b) ampliação do leque de possibilidades de que os salários constituam-se de prêmios;
- c) modificação das normas que dispõem sobre a necessidade de salário igual ser pago por igual função;
- d) permissão de que se retire a gratificação corresponde quando da remoção de cargo de confiança (KREIN, 2018).

Na rescisão dos contratos de trabalho passam a vigorar as disposições abaixo:

- a) fica dispensada a homologação no sindicato ou no Ministério do Trabalho para trabalhadores com mais de um ano de serviço prestado;
- b) se o trabalhador não puder pagar advogado, fica dispensada a necessidade da presença de um representante do Ministério Público, juiz de paz ou defensor público durante a homologação;
- c) é extinto o acesso do trabalhador à justiça gratuita quando da homologação;
- d) a adesão a um plano de demissão voluntária passa a implicar na quitação plena e irrevogável dos direitos decorrentes da relação trabalhista;
- e) ficam equiparadas as dispensas individuais às dispensas coletivas, excluindo a necessidade de autorização prévia de entidade sindical ou da celebração de acordo coletivo;
- f) é introduzido na legislação o instituto da rescisão de contrato recíproca (GALVÃO et al., 2017).

A Lei 13.467/2017 (BRASIL, 2017a) ainda regulamenta a representação dos empregados no âmbito da empresa e determina que condições estabelecidas em acordo coletivo de trabalho sempre prevalecerão sobre as estipuladas em convenção coletiva, o que contraria o princípio da proteção do trabalhador e o princípio que diz respeito à adoção da norma mais favorável.

José Dari Krein recorda ainda que, apesar de não ter sido feita uma reforma sindical, a nova legislação afetou direta ou indiretamente todo o sistema de representação coletiva dos trabalhadores, reduzindo assim a possibilidade dele ser um instrumento capaz de

assegurar direitos, melhores condições de trabalho e maior proteção social. O autor pontua ainda quais seriam as principais novidades nesta seara:

(1) A prevalência do negociado sobre o legislado; (2) o estrangulamento financeiro dos sindicatos; (3) a normatização da representação dos trabalhadores no local de trabalho com base no Estado; (4) a possibilidade da negociação individual, excluindo os sindicatos na definição das cláusulas do contrato de trabalho; (5) a retirada da função do sindicato de supervisionar as homologações dos trabalhadores com mais de um ano no emprego; e (6) a eliminação da ultratividade. Além delas, há outras que incidem na capacidade de ação coletiva, com a fragmentação das categorias por meio da terceirização e dos contratos atípicos. Há, ainda, a introdução de uma agenda bastante ampla de flexibilização que tende a deixar os sindicatos na defensiva, especialmente em contexto de elevado desemprego e de acentuadas inovações tecnológicas (KREIN, 2018, p.92).

O conjunto de mudanças reduz o papel dos sindicatos e delega ao patrão a responsabilidade pela condução da pauta de negociações ao admitir a negociação individual; e afeta o financiamento sindical pela imposição do fim da contribuição sindical obrigatória, sem a indicação de uma outra fonte de financiamento. Para Krein (2018, p.78), há no novo Direito do Trabalho uma tentativa de enfraquecer a organização dos trabalhadores como classe, o que proporcionaria uma situação mais desfavorável ao trabalhador, “transformando o trabalho cada vez mais em ‘labor’, e não em ‘opus’”.

A reforma afeta, também, a justiça trabalhista e todo o sistema de fiscalização, pois ela vem acompanhada do desmonte da estrutura estatal responsável pela proteção dos direitos trabalhistas, o que aliado à desregulamentação, à flexibilização e à desarticulação da representação sindical, tende a deixar o trabalhador desprotegido na condução de sua relação de emprego (muitas vezes transformada em mera relação de trabalho) e, principalmente, em sua luta pela garantia dos direitos que ainda lhe restam (KREIN, 2018).

Galvão et al. (2017, p.65), ao discorrer sobre os efeitos da mudança legislativa neste campo, destacam a desconfiguração do “Direito do Trabalho como direito protetor e promotor de avanços sociais aos trabalhadores”; a inviabilização do acesso à Justiça do Trabalho para a maioria dos trabalhadores, dado o alto custo da litigação em juízo; o desmonte do judiciário trabalhista com a possibilidade de se recorrer à jurisdição voluntária para a homologação de acordo extrajudicial; a alteração significativa da “estrutura legal e jurisprudencial referente à responsabilidade trabalhista dos agentes econômicos que se beneficiam do trabalho”; e a imposição de “limites e amarras à atuação dos juízes e tribunais do trabalho, inclusive do próprio TST, em relação ao exercício de sua função precípua de interpretação e aplicação das normas jurídicas nas relações de trabalho”.

A reforma trabalhista não garante nem ao menos aquilo que promete, Galvão et al. (2017) destacam a incapacidade do novo Direito do Trabalho de promover a prometida modernização do arcabouço legislativo e ainda de proporcionar um aumento no número de empregos formais, com a conseqüente redução da taxa de desemprego.

Krein (2018, p.97) lembra ainda que as mudanças também podem afetar a constituição dos fundos públicos para o financiamento da política social, especialmente o da seguridade, com o “estímulo à terceirização, aos contratos atípicos, à ‘pejotização’<sup>2</sup>, à remuneração não como salário e a ampliação da rotatividade”, o que reduziria os recursos destinados à seguridade social, que estão ainda vinculados à folha de pagamento. Diante de tais dados, o autor conclui:

O trabalho na era da reconfiguração, da terceirização, da flexibilização e da fragilização da proteção social esvazia-se mais de sentido à medida que prevalece a noção de labor, termo que designa um trabalho árduo e pesado, à de opus. Apesar do Brasil não ter vivenciado um período de regulação pública do trabalho, pois mesmo com a existência de uma ampla legislação, as condições objetivas do mercado de trabalho sempre foram muito desfavoráveis e flexíveis para os trabalhadores, a atual contrarreforma significa um retrocesso e não nos prepara pra enfrentar os desafios do futuro do trabalho (KREIN, 2018, p.99).

A relativa rapidez com que se deram as transformações descritas acima aponta para a relevância do componente ideológico associado a elas, que foi determinante durante o processo de propositura e de positivação da nova legislação. Identificar tal ideologia possibilita a compreensão dos fins perseguidos pelos setores sociais que defenderam e militaram pela aprovação de tais transformações, a isso o presente trabalho se dedicará adiante.

#### 4. O COMPONENTE IDEOLÓGICO DO NOVO DIREITO DO TRABALHO

É compreensível o apoio concedido por empregadores à reforma trabalhista e à lei da terceirização, todavia, o que desperta a atenção é a relativa passividade com a qual grande parte dos trabalhadores aceitou o novo Direito do Trabalho. A pesquisa Pulso Brasil, realizada pelo Instituto Ipsos, divulgada em 02 de maio de 2017 (Brasil Econômico, 2017) apontou que 58% dos entrevistados reprovavam as mudanças propostas pelo governo.

Já a pesquisa feita pela CUT/Vox Populi (CUT, 2017), realizada entre os dias 27 e 31 de outubro de 2017, após a aprovação da nova Lei Trabalhista, apontou que a rejeição às mudanças aumentou para 81%. Contudo, ainda que a reprovação fosse alta, o engajamento dos trabalhadores na luta contra a reforma proposta foi parco, o que pode ser observado na baixa adesão aos protestos contra ela (EXAME, 2017).

Este fenômeno está relacionado às narrativas usadas para dar sustentação ao que estava sendo proposto. Os argumentos de defesa do desmonte da legislação trabalhista, conforme Galvão et al. (2017, p.7) analisam, “são falaciosos e frágeis, pois não se sustentam histórica e empiricamente”. Há, no entanto, uma diferença entre aquilo que se alardeou e o que de fato eram os objetivos da reforma.

Enquanto no discurso presente na mídia tradicional e nas redes sociais as mudanças eram tratadas como necessárias para conter o anacronismo da legislação que “impõe

<sup>2</sup> Contratação de serviços pessoais, exercidos por pessoas físicas, de modo subordinado, não eventual e oneroso, realizada por meio de pessoa jurídica constituída especialmente para esse fim.

limites à livre contratação de trabalhadores” (GALVÃO et al., p.18); em uma análise mais cuidadosa, o que fica evidente é o intuito de “promover condições que favoreçam somente um ator na sociedade: os empregadores” (GALVÃO et al. P.7).

O conjunto de argumentos usados pelos defensores da reforma não são novos, há, inegavelmente, uma tentativa de conferir a eles um determinado status intelectual, que possa ocultar sua fragilidade e, ao mesmo tempo, reforçar a percepção de que são eles frutos de uma análise mais aprofundada dos problemas sociais. E o pacote teórico não poderia ser outro que não o do pensamento liberal, que historicamente prega a não intervenção do Estado nas questões de ordem econômica e a autorregulação dos mercados. É neste ponto que são inseridos a obra e o pensamento de Ludwig von Mises.

Mises, professor e economista de expressão na primeira metade do século XX, é considerado o maior expoente da Escola Austríaca de Economia. Defensor do modelo de Estado *laissez-faire*<sup>3</sup>, da livre iniciativa, da supremacia dos acordos contratuais voluntários e da análise metodológica a partir de indivíduos e não de grupos sociais, ele desenvolveu seus estudos baseados no método chamado de praxeologia, que era baseado não em suposições abstratas, mas na observância da ação humana concreta (MURPHY, 2010).

#### 5. MISES DESMASCARADO<sup>4</sup>

Antes que seja iniciada a análise proposta por este trabalho, é preciso enunciar que seu objetivo não, naturalmente, é o de tentar desqualificar a obra do autor analisado, o que seria uma pretensão desmedida, considerando a limitação da pesquisa a ser realizada. O que se propõe é uma análise crítica dos pressupostos adotados por Mises, sua relação com o Novo Direito do Trabalho, quais seriam as intenções não tão claramente expostas nestes escritos e ainda os motivos pelos quais tais pressupostos ainda são aceitos mesmo por quem não pertence aos grupos sociais aos quais eles intentam proteger.

Recorrendo-se, pois, à premissa da Teoria Crítica do Direito de que os objetivos e resultados do conhecimento construído precisam ser permanentemente questionados (CATANA, SOUZA, 2009, p.13), é que se torna necessário, antes de analisar a influência do autor no contexto atual, descortinar o seu pensamento, para, deste modo, deixar evidentes os interesses ocultos por detrás de suas posições e postulados.

O pensamento de Mises é difundido no Brasil por meio de *think tanks*<sup>5</sup> como o Instituto Mises Brasil, o Instituto Millenium, o Instituto Liberal e de organizações como o Movimento Brasil Livre (MBL) e Revoltados On Line, que ganharam maior expressão e notoriedade desde as jornadas de junho de 2013 e foram determinantes para que o *impeachment* da ex-presidente Dilma Rousseff acontecesse (LERNER, PENTEADO, 2018).

<sup>3</sup> Laissez-faire é um termo em francês que significa “deixe fazer”, utilizado em referência ao pensamento do liberalismo econômico que defende a economia livre de intervenções governamentais.

<sup>4</sup> O título do capítulo faz referência ao título do livro “Marxismo Desmascarado”, que reúne transcrições das conferências proferidas por Mises na biblioteca pública de São Francisco, de 23 de junho a 3 de julho de 1952.

<sup>5</sup> Think tanks são instituições dedicadas a produzir e difundir conhecimentos e estratégias sobre assuntos como política, economia e ciência.

Tais institutos e grupos tiveram influência determinante também na aprovação da nova legislação trabalhista, por meio da atuação na esfera acadêmica e, principalmente, através da mobilização em redes sociais. Em seus artigos, discursos, posicionamentos individuais e até mesmos em seus memes é possível identificar a influência de Mises, bem como a de sua principal estratégia de convencimento: o medo, representado tanto em sua obra (parte dela escrita nos Estados Unidos no auge do Macarthismo<sup>6</sup>) quanto no Brasil atual pela suposta ameaça de uma revolução comunista, aos moldes da que aconteceu na Rússia em 1917.

De fato, não há como separar o pensamento de Mises da crítica contumaz que ele fez ao pensamento marxista. É necessário destacar ainda que ele identificava como marxismo qualquer ideal, fosse ele reformista ou revolucionário, que defendesse a presença de um Estado capaz de garantir a efetivação dos direitos sociais, expandidos no período do pós-guerra, e de exercer qualquer tipo de regulação na economia. Contrariando evidências históricas e sociológicas, em junho de 1952, ele afirma:

A filosofia dos dias atuais é a filosofia de Karl Marx. Ele é a personalidade mais forte do nosso tempo. Marx e suas ideias – ideias que ele não criou, desenvolveu ou melhorou, mas apenas combinou num sistema – são hoje amplamente aceitas, até mesmo por muitos daqueles que enfaticamente se dizem anticomunistas e antimarxistas. Uma quantidade considerável de pessoas são, ainda que sem saber, filosoficamente marxistas, embora usem nomes diferentes para suas ideias filosóficas (MISES, 2016, p.23).

Ao atacar o comunismo marxista, Mises mirava na verdade o keynesianismo, teoria baseada nos escritos do economista inglês John Maynard Keynes, que tiveram grande influência e aceitação nos Estados Unidos a partir da década de 1930, tendo sido usada como inspiração para o pacote de medidas adotadas pelo então presidente americano Franklin Delano Roosevelt, conhecidas como *New Deal*, para conter os efeitos da crise de 1929. Esta estratégia está presente na obra *Uma Crítica ao Intervencionismo* (MISES, 2010).

O *New Deal* não só pressupunha a existência de um Estado garantidor e protecionista, mas também a regulação dos mercados para evitar que um novo crack da bolsa voltasse a ocorrer. Tal pacote ia à contramão dos interesses do mercado, que até então acostumado a realizar seus contratos sem a preocupação com os efeitos sociais de tais negociações. A regulamentação trazia como consequência o aumento do custo pago pelo trabalho:

Entre 1936 e 1937, as atividades grevistas dobraram. Em 1936 ocorreram greves equivalentes a uma perda de 14 milhões de dias de trabalho, valor esse que apenas um ano depois dobrou para 28 milhões. E somente em 1937 os salários subiram quase 15 por cento. A diferença salarial entre trabalhadores sindicalizados e não-sindicalizados, que era de 5 por cento em 1933, foi para 23 por cento em 1940. A recém-criada Previdência Social, bem como outros impostos sobre a folha de pagamento criados para bancar o seguro-desemprego, encareceram ainda mais o custo de se empregar alguém. O que tudo isso mostra é que durante um período de fraca e declinante demanda por trabalho, as políticas do governo empurraram significativamente para o alto os custos da mão-de-obra, fazendo com que os empregadores a demandassem cada vez menos (DILORENZO, 2008).

<sup>6</sup> Macarthismo é nome pelo qual ficou conhecida a campanha de perseguição aos comunistas em território estadunidense instituída pelo senador norte-americano Joseph McCarthy.

Mises, em seus escritos, representava os interesses do mercado, o que pode ser percebido em sua ferrenha defesa do modelo *laissez-faire*. Defesa esta que vinha associada ao alarmismo anticomunista: “A única coisa que pode evitar que as nações da Europa Ocidental, América e Austrália sejam escravizadas pelo barbarismo de Moscou é um apoio aberto e irrestrito ao capitalismo *laissez-faire*” (MISES, 2015, p.158).

## 6. MISES E A IDEIA DO TRABALHADOR COMO MERO COMPONENTE DO CAPITAL PRODUTIVO

A posição que o trabalhador ocupa na obra de Mises está ligada a sua não preocupação com o fato dele ser a parte hipossuficiente da relação em emprego. Mises defende ainda que não há sentido em falar de produtividade, associando-a ao desempenho do trabalhador, senão em uma produtividade marginal, que seria a dedução do rendimento líquido auferido pelo trabalho decorrente da eliminação de um trabalhador (MISES, 2015).

Sendo de tal maneira, o trabalhador não poderia reivindicar melhores condições de trabalho na medida em que a produção total aumentasse. Para o economista o trabalho e conseqüentemente o trabalhador constituem apenas um dentre os bens de capital que se encontram à disposição do empregador. Tal premissa fica evidente neste excerto:

Se uma pessoa corta uma folha de papel com tesouras, é impossível determinar cotas do que foi produzido para as tesouras (ou para cada uma das lâminas) e para o homem que as manuseou. Para manufaturar um automóvel, são necessárias várias máquinas e ferramentas, várias matérias-primas, o trabalho de vários operários e, antes de tudo, o projeto de um designer. Mas ninguém decidir que cota do carro finalizado pode ser atribuída fisicamente a cada um dos vários fatores cooperação que foram demandados para a produção do carro (MISES, 2015, p.130).

Aos empresários, Mises atribui o mérito pela “satisfação mais econômica das necessidades mais urgentes dos consumidores, dentre aquelas que ainda não foram satisfeitas”, e tal mérito seria, de acordo com ele, repartido apenas com as classes dos tecnólogos e dos poupadores. Em seu entendimento, ao trabalhador não caberia parte alguma do louvor pelos resultados alcançados: “O resto da humanidade beneficia-se das atividades dessas três classes de pioneiros. Não importando quais sejam as suas próprias atividades, são apenas beneficiários das mudanças emergentes, para as quais não contribuem em nada” (MISES, 2015, p.74).

Ao se aceitar que o trabalhador é mero componente do capital produtivo e que a ele não cabe fração alguma do trabalho realizado, torna-se mais fácil a justificativa da supressão de direitos e a imposição de condições de trabalho mais adversas, pois, de acordo com tal entendimento, é o trabalhador (que não contribui em nada e ainda assim é beneficiado) a parte hipersuficiente da relação de emprego e não o empregador.

Para Mises, se o trabalhador não possui condições mínimas para viver uma vida digna, a culpa não é de mais ninguém senão dele mesmo. E neste ponto é levantado o

ideal da meritocracia, historicamente associado aos pressupostos liberais, tanto o sucesso quanto o fracasso do indivíduo não são consequências das relações externas a ela, mas de sua própria força de vontade e da falta desta:

Para o resmungão que reclama da injustiça do sistema de mercado, somente um pequeno conselho por ser dado: se você quer ficar rico, então trate de satisfazer o público, ofertando para ele algo que seja mais barato ou que ele goste mais [...] A igualdade perante a lei dá a você o poder de desafiar qualquer milionário. Em um mercado que não é sabotado por restrições impostas pelo governo, é exclusivamente sua culpa se você não superar o rei do chocolate, a estrela de cinema ou o campeão do boxe (MISES, 2015, p.37).

O contratualismo liberal defendido por Mises, que pressupõe a desregulamentação e a não intervenção do Estado nos acordos privados, delega à autonomia da vontade dos contratantes a responsabilidade pelos encargos gerados pelo contrato. O problema observado reside no fato de que a parte mais vulnerável da relação, o trabalhador, não possui uma autonomia real para o exercício de sua vontade, o que se torna ainda mais grave em um contexto de alto índice de desemprego e consequente crescimento da concorrência por postos de trabalho.

## 6. CONCLUSÕES

O novo Direito do Trabalho, que vem atrelado às profundas transformações sociais, políticas e econômicas ocorridas no Brasil nos últimos anos, foi apresentado como um remédio ruim, porém o único, para um mal maior. Todavia, o que se observa é a finalidade de atender aos interesses de apenas uma classe social, a dos empregadores. Compreender os argumentos favoráveis às mudanças na lei trabalhista, bem como o viés ideológico que o sustenta é um passo importante para se identificar os interesses que se encontram em jogo.

A análise da obra de Ludwig von Mises, conforme mostrado, permite identificar a tendenciosidade dos discursos e ainda a forma com que se deu a inversão da base hermenêutica do Direito do Trabalho, como a substituição do princípio da proteção pelo contratualismo liberal, que não leva em consideração quem é a parte hipossuficiente da relação jurídica.

Ao apelar para o medo de uma suposta ameaça comunista, associado aos pressupostos de que o trabalhador não é importante para o processo de produção e que tão somente a ele cabe a responsabilidade pelo seu próprio sucesso ou fracasso no mercado de trabalho, o pensamento de Mises torna justificáveis a desregulamentação e a flexibilização de direitos e ainda desestrutura as formas coletivas de organização dos trabalhadores. A negação da luta de classes e a defesa do individualismo servem ao propósito último de enfraquecer a luta trabalhista, tornando o trabalhador ainda mais desprotegido.

Considerando, pois, que as leis que constituem o objeto deste estudo não estão hierarquicamente superiores à Constituição, cabe aos operadores, pensadores e doutrinadores do Direito o dever de apontar e questionar cada uma das contradições observadas e os dispositivos que atentam contra os princípios do Direito do Trabalho.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BORGES, André, DAYRELL, Mariana, GRELLET, Fábio. **Protestos contra reforma trabalhista têm baixa adesão**. In: Exame. São Paulo, 11 de novembro de 2017. Disponível em: <<https://exame.abril.com.br/brasil/protestos-contrareforma-trabalhista-tem-baixa-adesao/>>. Acesso em: 22/03/2019.

BRASIL. **LEI Nº 13.467**, de 13 de julho de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13467.htm)>. Acesso em: 21/03/2019.

\_\_\_\_\_. **LEI Nº 13.429**, de 31 de março de 2017. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2017/Lei/L13429.htm)>. Acesso em: 21/03/2019.

BRASIL ECONÔMICO. **Mais da metade dos brasileiros não concorda com proposta de reforma trabalhista**. In: Brasil Econômico. São Paulo, 02 de maio de 2017. Disponível em: <<https://economia.ig.com.br/2017-05-02/reforma-trabalhista-pesquisa.html>>. Acesso em: 22/03/2019.

CATANA, Luciana Laura Tereza Oliveira, SOUZA, Vinicius Roberto Prioli de. “Ensaio sobre a terir acrítica do direito no Brasil” In: **Revista jurídica UNIGRAN**. Dourados: Unigran, ano XI, n. 21, janeiro a junho de 2009, p. 11-29.

CARVALHO, Sandro Saccjet de. “Uma visão geral sobre a reforma trabalhista” In: **Mercado de trabalho**. Brasília: IPEA, ano XXIII, n. 63, outubro de 2017, p. 81-94.

DILORENZO, Thomas. O New Deal ridicularizado (novamente). In: **Instituto Mises Brasil**. São Paulo, 16 de maio de 2018. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=97>>. Acesso em 22/03/2019.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. 3 ed. Tradução de Roberto Cabral de Melo Machado e Eduardo Jardim Moraes. Rio de Janeiro: NAU Editora, 2002.

GALVÃO, Andrea et al. **Contribuição Crítica à Reforma Trabalhista**. Campinas: Cesit/IE/Unicamp. Disponível em: <[https://www.ael.ifch.unicamp.br/pf-ael/public-files/noticias/arquivos/dossie\\_cesit\\_-\\_contribuicao\\_critica\\_a\\_reforma\\_trabalhista.2017.pdf](https://www.ael.ifch.unicamp.br/pf-ael/public-files/noticias/arquivos/dossie_cesit_-_contribuicao_critica_a_reforma_trabalhista.2017.pdf)>. Acesso em: 22/03/2019.

KREIN, José Dari. "O desmonte dos direitos, as novas configurações do trabalho e o esvaziamento da ação coletiva: consequências da reforma trabalhista" In: **Tempo social**, revista de sociologia da USP. São Paulo: USP, ano XXX, n. 1, abril de 2018, p. 78-104.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**. 9 ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

MARX, Karl. **Manifesto do partido comunista**. 1 ed. Tradução de Suely Tomazini Barros Cassal. Porto Alegre: L&PM, 2016.

MISES, Ludwig von. **A mentalidade anticapitalista**. 2 ed. Tradução de Adeline Godoy. Campinas: Vide Editorial, 2015.

\_\_\_\_. **Marxismo desmascarado**. Tradução de Alexandre S. Campinas: Vide Editorial, 2016.

\_\_\_\_. **Uma crítica ap intervencionismo**. Tradução de Arlette Franco. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

MURPHY, Robert P. Praxeologia - A constatação nada trivial de Mises. In: **Instituto Mises Brasil**. São Paulo, 09 de junho de 2010. Disponível em: <<https://www.mises.org.br/Article.aspx?id=230>>. Acesso em 22/03/2019.

LERNER, Celina, PENTEADO, Claudio Luis de Camargo. "A direita na rede: mobilização online no impeachment de Dilma Rousseff". In: Em debate. Belo Horizonte: UFMG, ano X, n. 1, abril de 2018, p. 12-24.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Introdução ao Pensamento Jurídico Crítico**. São Paulo: Saraiva, 2002.

## O PRIMADO DO NEGOCIADO SOBRE O LEGISLADO PÓS-REFORMA TRABALHISTA SOB À LUZ DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA<sup>1</sup>

THE PRIMACY OF THE COLLECTIVE BARGAINING AGREEMENT OVER THE  
LEGISLATED POST-LABOR REFORM UNDER THE LIGHT OF THE PRINCIPLE OF  
NEGOTIATED SECTORAL ADEQUACY

Juliana Dias Apolinário<sup>2</sup>

Júlia Guimarães<sup>3</sup>

### RESUMO:

A partir do presente trabalho, busca-se compreender alguns dos impactos gerados pela Reforma Trabalhista com fulcro nas mudanças trazidas em relação aos instrumentos coletivos de trabalho. Pretende-se analisar a inserção dos dispositivos - tais como arts. 611-A e 611-B da CLT da Lei nº 13.467/2017 - e de que forma alteraram o texto infralegal e promoveram a desobediência à princípios norteadores do Direito do Trabalho, bem como o desrespeito à mandamentos constitucionais e internacionais. A partir disso, investiga-se o papel dos princípios constitucionais e sociotrabalhistas no controle das normas jurídicas, demonstrando a possível incompatibilidade desses novos dispositivos com leis fundamentais, o que será analisado a partir do princípio da adequação setorial negociada como parâmetro modulador relevante para manutenção do patamar mínimo civilizatório de direitos colocados no texto constitucional. Desse modo, analisa-se em que medida as negociações coletivas de trabalho, a partir dos dispositivos mencionados, arrematam sua inconstitucionalidade posto que enfrentam a vedação constitucional da renúncia de direitos indisponíveis do trabalhador e não respeitam o patamar mínimo civilizatório de direitos, subvertendo a lógica inerente à própria formação do Direito do Trabalho e impactando a ordem democrática.

**Palavras-Chave:** Negociação coletiva; Reforma Trabalhista; Princípio da adequação setorial negociada; Patamar mínimo civilizatório.

### ABSTRACT:

From the present work, it is sought to understand some of the impacts caused by the Labor Reform with focus on the changes referring to the collective labor instruments. It is intended to analyze the insertion of new articles - such as arts. 611-A and 611-B of the

<sup>1</sup> Trabalho apresentado ao Espaço de Discussão Mundo do trabalho, movimento sindical e direitos do 34º Encontro Mineiros dos Estudantes de Direito, Universidade Federal de Minas Gerais, Belo Horizonte, 18 a 21 de abril de 2019.

<sup>2</sup> Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

<sup>3</sup> Graduanda do curso de Direito da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

Consolidation of Labor Laws, brought by the Law No. 13467/17 - and how they modified the text and promoted disobedience to the guiding principles of Labor Law, as well as disregard of constitutional and international orders. From this, the role of constitutional and social work principles in the control of legal norms is investigated, demonstrating the possible incompatibility of these new articles with fundamental laws, which will be interpreted from the principle of sectoral adequacy negotiated as a modulator parameter relevant to the maintenance of the minimum civilizatory level of rights placed in the constitutional text. In this way, it is evaluated to what extent collective bargaining, based on the aforementioned clauses, bring their unconstitutionality as long as they face the constitutional prohibition of the renunciation of unavailable rights of the worker and do not respect the minimum civilizatory level of rights, subverting the logic inherent to the very formation of Labor Law and impacting the democratic order.

**Keywords:** Collective bargaining; Labor Reform; Principle of negotiated sectoral adequacy; Minimum civilizatory level.

## 1. INTRODUÇÃO

O advento da Lei 13.467/2017, conhecida popularmente como Reforma Trabalhista, trouxe inúmeros impactos para a ordem normativa brasileira, de modo que as alterações sofridas no texto da Consolidação das Leis do Trabalho atribuíram à dinâmica normativa trabalhista uma nova tônica.

Nesse sentido, dentre as inúmeras mudanças trazidas com esse novo dispositivo legal, tem destaque o papel que as negociações coletivas de trabalho passaram a ter dentro dessa nova dinâmica jurídica. Partindo disso, a inserção dos artigos 611-A e 611-B pela Reforma Trabalhista representou o primado das negociações coletivas frente ao legislado, uma vez que houve a ampliação do rol de matérias sujeitas a normatização por fontes autônomas, enquanto que as matérias não sujeitas, aquelas protegidas pela indisponibilidade absoluta, não aumentaram significativamente seu rol em relação ao que já se encontrava previsto.

Diante desse cenário, conclui-se pelo protagonismo das negociações coletivas de trabalho na atual dinâmica normativa, de modo que diversos direitos trabalhistas passaram a possuir natureza de indisponibilidade relativa - podendo ser, a partir de agora, transacionados.

Essa nova dinâmica possibilitou, a nosso ver, a redução do patamar mínimo civilizatório e, conseqüentemente, a violação ao princípio da vedação ao retrocesso social. Desse modo, o princípio da adequação setorial negociada, que prevê a necessidade de respeito ao patamar mínimo civilizatório quando da consecução dos instrumentos coletivos de trabalho, também restou prejudicado.

Tais mandamentos principiológicos fazem parte do ordenamento jurídico trabalhista e foram trazidos tanto pelo texto constitucional como por convenções internacionais. De tal modo, o não respeito a essa normativa sociotrabalhista gera conseqüente desrespeito a esses dispositivos legais que são importantes mecanismos de proteção da ordem democrática instaurada no país após intensas lutas travadas contra a Ditadura Militar e por melhores condições de trabalho pelo sindicalismo brasileiro - organização que foi fundamental na oposição ao regime de exceção que vigorou no país entre 1964 e 1985.

Portanto, o primado do negociado frente ao legislado a partir da Reforma Trabalhista representou grande retrocesso na medida que ampliou o rol de direitos sujeitos à negociação coletiva, impactando diretamente a ordem normativa brasileira e comprometendo o Estado Democrático de Direito, conforme se verá.

## 2. O PRIMADO DO NEGOCIADO A PARTIR DOS DISPOSITIVOS 611-A E 611-B DA LEI 13.467/2017

Desde o Projeto de Lei da Reforma Trabalhista (PL 6.787/2017) é possível visualizar o protagonismo das negociações coletivas de trabalho, mesmo que ainda incipiente, como pauta central a ser trazida pela futura Lei. Nesse sentido, é interessante notar que, em relatório proferido sobre o projeto de lei, a Comissão Especial formada entende que “o projeto em análise tem por objetivo ‘aprimorar as relações do trabalho no Brasil, por meio da valorização da negociação coletiva entre trabalhadores e empregadores’ ” (BRASIL, Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6787/2016, p. 1, 2017).

O advento da Lei 13.467/2017 trouxe consigo dois artigos essenciais à compreensão do novo papel que os instrumentos coletivos de trabalho passaram a ter na seara trabalhista, sendo eles o art. 611-A e 611-B. Quanto a esses dispositivos, não pretendemos analisá-los detidamente por incisos, propomos aqui uma análise geral de seu teor de modo que se possa compreender em que medida ocorre o primado do negociado sobre o legislado e algumas das conseqüências desse fenômeno.

O art. 611-A traz em seu caput que “a convenção coletiva e o acordo coletivo de trabalho têm prevalência sobre a lei quando, entre outros, dispuserem sobre” (BRASIL, Lei 13.467/2017, art. 611-A). Por clara interpretação, o dispositivo em questão apresenta um rol meramente exemplificativo de direitos que podem ser transacionados, de modo que, a partir da reforma, passam a ter a natureza de indisponibilidade relativa um amplo espectro de garantias legais.

De outro modo, o art. 611-B prevê em sua redação um conjunto de direitos que não podem ser objeto das negociações coletivas, sendo que seu caput dispõe que “Constituem objeto ilícito de convenção coletiva ou de acordo coletivo de trabalho, exclusivamente, a supressão ou a redução dos seguintes direitos” (BRASIL, Lei 13.467/2017, art. 611-B).

Partindo disso, observa-se que, contrariamente ao artigo anterior, o rol de direitos de indisponibilidade absoluta possui natureza taxativa.

Analisando conjuntamente os dois artigos, é possível concluir que direitos de indisponibilidade absoluta representam exceção em face da ampla gama de direitos, visto que são *numerus clausus*. Desse modo, os demais direitos e garantias, mesmo que não elencados no art. 611-B, poderão ser transacionados. Partindo disso, conclui o Ministério Público do Trabalho em Nota Técnica de nº 5, datada de 07 de abril de 2017, por intermédio de sua Secretaria de Relações Institucionais, sobre seu posicionamento acerca do substitutivo ao Projeto de Lei (PL) nº 6.787/2016:

O substitutivo avança na proposta inicial e permite que ocorra a prevalência do negociado sobre o legislado, inclusive para o rebaixamento dos patamares legais e indisponíveis de proteção em relação a toda e qualquer matéria, com exceção dos temas elencados no art. 611-B da CLT, proposto no substitutivo, os quais que praticamente reproduzem os incisos do art. 7º da Constituição Federal. O art. 611-A passa a ser exemplificativo, portanto.

A partir do parecer emitido pelo Ministério Público do Trabalho vislumbra-se um cenário negativo advindo dessa ampliação – posição com a qual o presente artigo compactua. Todavia, para que se compreenda melhor tal entendimento, é necessário o questionamento a respeito das consequências da ampliação dos direitos negociáveis e se o aumento do poder dos instrumentos coletivos de trabalho é de todo prejudicial à ordem normativa.

### 3. AS NEGOCIAÇÕES COLETIVAS DE TRABALHO

A negociação coletiva no âmbito trabalhista é realizada por meio de dois institutos determinados pela própria CLT em seu artigo 611, parágrafo 1º, sendo eles: a Convenção Coletiva de Trabalho e o Acordo Coletivo de Trabalho. Ambos representaram um ganho imensurável aos trabalhadores, possibilitando o diálogo de modo articulado com seus empregadores a fim de estipularem o que melhor atende aos interesses de ambos.

A diferença entre estes dois institutos recai na análise dos órgãos que promovem esta negociação, enquanto na Convenção Coletiva aparece a figura do sindicato patronal negociando as normas junto ao sindicato dos empregados, por outro lado, no Acordo Coletivo, uma empresa única negocia com o sindicato de empregados as normas que não de vigorar nas relações de trabalho ali existentes. Nota-se, deste modo que a Convenção Coletiva de trabalho tem maior amplitude quanto aos objetos a serem tratados, ao passo que os atores que se prestam a negociação são mais numerosos, enquanto que nos casos de Acordos Coletivos apenas uma empresa específica está sujeita ao vínculo para com aquelas normas autônomas.

Vale destacar que mesmo a norma estipulada pelas negociações coletivas serem de natureza autônoma, isto é, são criadas pelos agentes sobre os quais suas repercussões

hão de deslanchar, elas possuem a mesma força cogente que as normas de natureza heterônoma, ou seja, aquelas fundadas pelo Estado.

#### 3.1. A convivência de normas autônomas e heterônomas no ordenamento jurídico

Para harmonizar a atuação destas duas naturezas normativas, a doutrina criou teorias, que versam sobre a relação das normas autônomas e heterônomas.

A primeira teoria a ser analisada consiste na teoria da acumulação; nesta teoria, havendo embate entre normas de naturezas distintas a norma de maior benefício ao empregado será aplicada. Ela usa por alicerce princípios individuais basilares do Direito do Trabalho: os princípios da norma mais favorável e da condição mais benéfica. Entretanto, a crítica primaz que se faz quanto a aplicabilidade desta teoria se dá no que tange a ideia de unicidade do sistema jurídico, ou seja, o ordenamento não seria visto como algo uno, mas sim desconexo e sujeito à análises casuísticas.

A teoria do Conglobamento, por outro lado, priva pela sistematicidade da ordem jurídica, colocando como sendo o conjunto normativo, isto é, as normas de determinada natureza como um todo, como sendo a norma aplicável. Isto significa que, de acordo com essa teoria, a qual é compreendida como o entendimento vigente, o que deve ser analisado não é a norma em um contexto individual, mas sim todo o conjunto, ora estipulado pela autonomia dos agentes ora pela heteronomia que decorre do poder do Estado. A maior crítica a esta teoria se dá ao se questionar que a adoção de normas inteiramente autônomas ou inteiramente heterônomas, poderia acarretar em um possível emprego de normas que são menos benéficas ao empregado. Daí decorre a importância do Princípio da Adequação Setorial Negociada principalmente no momento pré-jurídico da criação da norma.

Por fim, surge um método que busca harmonizar a relação entre as duas naturezas normativas que regem as relações de trabalho, o chamado Diálogo das Fontes. A coordenação entre as modalidades jurídicas são essenciais, segundo os criadores deste método, os quais defendem um foco na fase pré-jurídica da norma para garantir que as naturezas jurídicas não se contraponham e sempre ajam em consonância com o princípio da proteção.

É necessário considerar a evolução tecnológica que ocorreu a partir dos anos 90 e que levou à globalização, isto é, à maior celeridade e o encurtamento das distâncias pela queda das barreiras mundiais. A economia se aqueceu e as empresas se motivaram pela busca do lucro fácil, deixando os trabalhadores à mercê de mudanças que visavam flexibilizar a produção e reduzir os seus custos.

A negociação realizada pelos sindicatos passou a ser relativizada, pois, seu objetivo inicial de proteção aos trabalhadores foi ultrapassado pela transação de direitos básicos e essenciais. Tais transações passaram a ser na realidade concessões realizadas pelos

sindicatos, que acabaram ficando enfraquecidos diante do cenário de insegurança ao trabalhador, enquanto deveriam estar se beneficiando com a suposta flexibilização.

O maior perigo se encontra no momento em que a transação dá espaço para a renúncia de direitos, que já não é um movimento bilateral, pois só uma das partes concede sem nada receber. Assim, o Princípio da Irrenunciabilidade dos direitos do trabalhador é ferido e o movimento coletivo, que deveria se opor veemente a isto, proporcionou tal ação. De tal forma, limites devem ser impostos ao ser coletivo, por isso, urge-se por uma intervenção estatal pontual.

Diante disso, é patente a realização de questionamento a respeito de como os dispositivos trazidos pela Reforma Trabalhista podem ser vislumbrados, já que, como colocado, as negociações coletivas podem tanto ser um instrumento de consecução de direitos como de aniquilamento desses. Para tanto, deve-se trazer à luz o princípio da adequação setorial negociada, que representa importante modulador no que diz respeito à adequação das negociações coletivas a ditames constitucionais e internacionais, que constituem um patamar mínimo civilizatório.

#### **4. O PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA**

Os Princípios se diferenciam das regras por terem funções informadoras, normativas e interpretativas, tendo assim fundamento no ordenamento jurídico. Por outro lado, as regras não são certas no ordenamento jurídico, tendo em vista que nem sempre são aplicadas em sua plenitude. Além disso, os Princípios vão assumir o papel de fonte formal do direito do trabalho, sendo um método de aplicação e integração da norma jurídica.

Com relação aos Princípios Especiais do Direito do Trabalho é possível destacar a busca pela Igualdade Material, para que as desigualdades existentes sejam corrigidas da melhor forma possível. Além disso, existe a necessidade de proteger o trabalhador e regular a sua relação de trabalho. Sendo assim, é possível dividir os Princípios em “Princípios do Direito Individual” e “Princípios do Direito Coletivo”.

Princípios do Direito Individual do Trabalho são: Princípio da Proteção, Princípio da Norma Mais Favorável, Princípio da Condição Mais benéfica, Princípio da Irrenunciabilidade de Direitos, Princípio da Continuidade da relação de emprego, princípio da Primazia da Realidade sobre a forma, Princípio da Não Discriminação, Princípio da Irreduzibilidade Salarial, Princípio da Boa-Fé e Princípio da Razoabilidade. A partir desses Princípios é possível se fazer um estudo da relação destes com os Princípios do Direito Coletivo, pois passa da esfera individual do empregado para a esfera coletiva da relação de trabalho.

Com relação aos Princípios Coletivos podemos destacar os seguintes, sendo eles enumerados por Delgado em três grandes grupos: “Princípios Assecuratórios das Condições de Emergência e Afirmação da Figura do Ser Coletivo Obreiro, Princípios Que Tratam das Relações Entre os Seres Coletivos Obreiros e Empresariais, Princípios Que

Tratam das Relações e Efeitos Perante o Universo e Comunidades jurídicas das Normas Produzidas pelos Contratantes Coletivos”. Além disso, esses supramencionados ainda possuem ramificações onde encontraremos os Princípios Coletivos dentro desses grandes grupos.

O terceiro grupo tem como Princípio o da Criatividade Jurídica da Negociação Coletiva e do Princípio da Adequação Setorial Negociada, representando um avanço entre capital e trabalho, pois passa a ser possível a elaboração de normas jurídicas válidas. Ademais, temos também o Princípio da Adequação Setorial Negociada, que é o mais importante dentre os citados, levando em consideração que trata de todas as possibilidades e limites as negociações coletivas de trabalho.

O princípio da Adequação Setorial Negociada nasce no léxico jurídico pátrio apenas após o surgimento da Constituição de 1988, a qual determinou uma natureza mais principiológica aos diversos ramos do Direito, incluindo, é claro, o Direito do Trabalho. Este fato possibilitou uma maior democratização nas diversas áreas jurídicas, algo que na área do Direito do Trabalho pode ser percebido com o estabelecimento das normas de natureza autônomo, estabelecidas pelo viés da negociabilidade entre empregados e empregadores, ambos propriamente vinculados

O princípio da adequação setorial negociada deve estabelecer esse limite à negociação, afinal, o papel das normas autônomas é estabelecer um benefício, é proporcionar algo superior à norma heterônoma. É necessário também diferenciar que a transação de normas de indisponibilidade relativa são válidas, por outro lado, se a norma for de indisponibilidade absoluta tal transação será nula. As últimas normas citadas são consideradas o “patamar mínimo civilizatório”, que preservam a dignidade humana, a cidadania do indivíduo, o interesse público e valorizam o trabalho. Podemos citar como exemplo normas que versam sobre o salário mínimo, FGTS, saúde do trabalhador, jornada de trabalho e sua duração.

Assim sendo, no momento pré jurídico, a priori à criação da norma, é estabelecido que os temas de discussão do Acordo Coletivo ou Convenção Coletiva não podem transigir direitos irrenunciáveis e imantados pela indisponibilidade absoluta. Dessa forma o princípio da adequação setorial negociada é atendido pois implementa seu patamar mínimo, e num segundo momento, permite a aplicação da teoria do conglobamento.

#### **5. ALTERAÇÕES DA REFORMA TRABALHISTA À LUZ DO PRINCÍPIO DA ADEQUAÇÃO SETORIAL NEGOCIADA**

A Reforma Trabalhista alterou o sistema jurídico brasileiro aumentando a liberdade da negociação setorial. Conjuntamente a isso estabeleceu limite à autonomia privada dos sindicatos, no Artigo 8º §3º da CLT previu a intervenção do magistrado do trabalho quando houver confronto entre o dispositivo negociado e a lei, de forma a garantir os direitos não disponíveis.

Convém também a análise do artigo 611-A que estabelece itens que podem ser negociados coletivamente e se sobrepõem a legislação estatal, o que permite a perigosa relativização de direitos.

O artigo 611-A da CLT amplia o rol de direitos negociáveis, ou seja, possibilita alterar o previsto na legislação, abre-se escopo normativo para que ocorra a supressão de inúmeros direitos, já que não havendo impedimentos no ordenamento jurídico à ampliação de direitos e garantias aos destinatários da norma, o teor do dispositivo aduz ser meramente ferramenta possibilitadora da diminuição de garantias – já que já era possível a melhora das condições independente de disposição legal, sendo que o rebaixamento de certos direitos só são possíveis com previsão em lei, tal como ocorre agora. Nesse sentido, entende Jorge Luiz Souto Maior:

O termo “flexibilização”, como já ocorrera na década de 90, foi utilizado como um eufemismo para não se perceber a realidade, embutida na fórmula do negociado sobre o legislado, de uma imposição, pela força, aos sindicatos, da aceitação de redução de direitos, mas que não aparece como tal e sim como efeito de uma negociação. Mas se para “flexibilizar” é preciso superar a lei é porque o que se pretende é diminuir o alcance das garantias legais em favor dos trabalhadores, pois, como se sabe, para ampliar os direitos, nunca houve impedimento jurídico. (MAIOR, 2017)

No que diz respeito a flexibilização, impende destacar inciso relevante do art. 611-A da CLT que dispõe sobre a duração e os intervalos do trabalho. Estes tornaram-se, a partir da Lei 13.467/17, objeto de negociação coletiva, contrariando a própria Constituição brasileira. Isto porque, o entendimento existente até então considerava estes pontos incluídos nas normas de saúde, higiene e segurança do trabalho (art. 7º, XXII, CR/88), logo, eles não eram passíveis de autonomia negocial.

É necessário que essa negociação esteja sempre de acordo com o artigo 7º da Constituição, sendo assim, que a negociação respeite o patamar mínimo, os espaços transacionáveis e busquem a ampliação da condição do trabalhador. Respeita-se, então, os princípios da progressividade e da vedação do retrocesso no âmbito das relações laborais, o que, conforme se observa, não foi respeitado pela Reforma Trabalhista.

Além disso, é necessário ressaltar que havendo a redução do patamar mínimo civilizatório, conseqüentemente, ocorre o descumprimento do princípio da adequação setorial negociada, uma vez que, pelo quadro que ora se desenha, a transação será substituída pela renúncia.

É importante levantar que, conforme disposto em tópico anterior a respeito das negociações, os instrumentos coletivos de trabalho são importantes ferramentas de consecução de direitos. Desse modo, o aumento dos direitos de indisponibilidade relativa trazidos pela Lei 13.467/2017 não é suficiente por si só para que se vislumbre um cenário negativo e de predomínio da renúncia. Para tanto, é necessário observar que, não obstante inciso sobre jornada de trabalho flagrantemente inconstitucional, a Reforma Trabalhista

adveio de uma pauta de recrudescimento e diminuição de direitos dos trabalhadores. Nesse sentido, coloca Márcio Túlio Viana:

Se estivesse interessada em valorizar uma negociação realmente livre e igual, a reforma teria não só mantido aquele patamar mínimo, que diminui as pressões do mais forte, como criado novos mecanismos com o mesmo fim. Se não o fez, foi exatamente porque suas intenções são outras: pôr os sindicatos mais ainda à mercê da classe empresária; terceirizar para eles o peso político da precarização, blindando-se contra críticas futuras; e, por consequência, legitimar e fortalecer o processo de precarização. (VIANA, 2019)

## 6. DA IMPORTÂNCIA PATAMAR MÍNIMO CIVILIZATÓRIO

Relativamente ao patamar mínimo civilizatório (DELGADO, 2013), dispõe Maurício Godinho Delgado:

Também não prevalece a adequação setorial negociada se concernente a direitos revestidos de indisponibilidade absoluta (e não indisponibilidade relativa), os quais não podem ser transacionados nem mesmo por negociação sindical coletiva. Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um patamar civilizatório mínimo que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III e 170, caput, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho. (DELGADO, 2013).

A partir disso, observa-se que o respeito ao patamar mínimo civilizatório é requisito essencial para a aplicação do princípio da adequação setorial negociada, que representa o meio pelo qual é possível a consecução das negociações coletivas sem que ocorra renúncia de direitos.

Sobre o rol de direitos inclusos nesse patamar, pode-se dizer que são divididos em três grupos, sendo o primeiro de normas constitucionais, seguidos pelos tratados e convenções internacionais que vigoram no plano doméstico, bem como por normas infraconstitucionais (PALADINO, 2016).

Conforme já apresentado, o advento da Lei 13.467/2017, na perspectiva dos artigos aqui analisados, trouxe consigo o desrespeito à garantias mínimas inseridas nos grupos anteriormente mencionados, sendo que a possibilidade de que o negociado esteja sob o legislado em relação a diversas disposições trabalhistas abre caminho para a supressão de direitos.

## 7. CONCLUSÕES

Conclui-se que é necessário a elevação do patamar mínimo civilizatório, devendo, portanto, a negociação coletiva ampliar os direitos trabalhistas, adequando-se ao princípio da progressividade.

A modificação interpretativa decorrente dessa alteração legislativa afetou também o art. 611-B da CLT que, embora apresente um rol de objetos ilícitos à negociação coletiva, deve ser interpretado de forma exemplificativa, devido ao fato que se os direitos trabalhistas que não tenham sido pautados em lei como transacionáveis, devem ser vistos como de indisponibilidade absoluta. Portanto, entende-se que não há espaço para uma transação ou renúncia neste aspecto e, por consequência disso, qualquer norma que diminuísse os direitos já garantidos aos trabalhadores estaria contrariando o princípio da adequação setorial negociada que visa equilibrar o que vai ser discutido na negociação coletiva.

Outro ponto que merece atenção a partir da Lei 13.467/2017 é a respeito do art. 620 da CLT que vai estabelecer a superioridade dos acordos coletivos de trabalho em detrimento das convenções coletivas, sem se referir à qualquer possível cooperação entre os sistemas, indo de frente com o princípio da norma mais favorável. Nesse sentido, o direito do trabalho sempre entendeu que a regra norteadora da aplicabilidade de qualquer convenção ou acordo é aquela que melhor satisfaz o empregado, garantindo a ele mais direitos e efetividade.

Destarte, com todas as alterações sofridas, é preciso que seja mantido o filtro criado pelo princípio da adequação setorial negociada para garantir às convenções sua autonomia e ao mesmo tempo progressividade para expandir os direitos trabalhistas. Ademais, deve-se sempre conferir se a mesma está em conformidade com os critérios exigidos para sua validade e eficácia, vedando qualquer tipo de supressão dos direitos já adquiridos.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AZAMBUJA, João Carlos Felix de. **Liberdade sindical no Brasil e na OIT**. Disponível em: <<http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/35830/000816759.pdf>>. Acesso em 22 out. 2017.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2013.

MAIOR, Jorge Luiz Souto. **A “CLT de Temer” & Cia**. Ltda, 2017. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/25548-a-clt-de-temer-cia-ltda/>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

PALADINO, Enzo. **Dicionário Enciclopédico dos Princípios Jurídicos**. Disponível em: <[https://books.google.com.br/books/about/DICION%C3%81RIO\\_ENCICLOP%C3%89DICO\\_DOS\\_PRINC%C3%8DPL.html?id=bzQDDQAAQBAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books/about/DICION%C3%81RIO_ENCICLOP%C3%89DICO_DOS_PRINC%C3%8DPL.html?id=bzQDDQAAQBAJ&redir_esc=y)>

RUSSOMANO, Mozart Victor. **Direito sindical. Princípios gerais**. Rio de Janeiro: José Konfino, 1975.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 1993.

SCHIAVI, Mauro. **Aspectos polêmicos e atuais do dissídio coletivo na atual jurisprudência do TST**. Revista LTr: Legislação do Trabalho. São Paulo, v. 73, n. 10, p. 1181-1188, out. 2009.

TEODORO, Maria Cecília Máximo. **O princípio da adequação setorial negociada no direito do trabalho**. São Paulo, LTr, 2007.

VIANA, Marcio Tulio. **Livre-nos da livre negociação: aspectos subjetivos da reforma trabalhista**. Disponível em: <<https://www.anamatra.org.br/artigos/artigos/25658-livre-nos-da-livre-negociacao-aspectos-subjetivos-da-reforma-trabalhista>>. Acesso em: 15 de abril de 2019.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Constituicao/Constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm)>. Acesso em: 01/04/2019.

BRASIL. **Relatório da Comissão Especial destinada a proferir parecer ao Projeto de Lei nº 6787/2016. p. 1, 2017**. Disponível em: <[https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra?codteor=1544961](https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1544961)>

MINISTÉRIO PÚBLICO DO TRABALHO. **Nota técnica nº 5**. Disponível em: <[http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal\\_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica\\_76-2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IK1fF.1](http://portal.mpt.mp.br/wps/wcm/connect/portal_mpt/c6d5ffb6-5285-4f96-87f3-6a02340ded33/notatecnica_76-2017.pdf?MOD=AJPERES&CVID=IK1fF.1)>

\_\_\_\_\_. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-Lei N. 5.452, de 1º de maio de 1943. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/De15452.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/De15452.htm)>. Acesso em: 22 out. 2017.

\_\_\_\_\_. **Lei 13.467, de 13 de julho de 2017**. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2017/lei/L13467.htm)>. Acesso em: 01/04/2019.

# ED 3

## Criminologia crítica e movimentos sociais

### MÃES NO CÁRCERE: UMA ANÁLISE DAS CONDIÇÕES E RESPEITO AOS DIREITOS DA MÃE RECOLHIDA AO SISTEMA PENAL

Isadora Almeida<sup>1</sup>

Jessica Estefane<sup>2</sup>

Leticia Rech Teodoro<sup>3</sup>

#### RESUMO:

O presente trabalho faz uma análise acerca do sistema penal no Brasil sob a perspectiva de gênero, sistema esse criado por homens e para homens. Interpretando as desigualdades nas taxas de criminalidade feminina e masculina e focando nos fatores sócio estruturais, essa abordagem busca evidenciar as necessidades sociais, políticas e culturais do que há anos vem sendo silenciado: o feminino. O silêncio, a invisibilidade das mulheres no sistema carcerário faz com que suas especificidades sejam ignoradas quando se trata de políticas públicas especiais, mais especiais ainda quando se trata de mulheres mães, que são privadas de seu convívio com o filho.

**Palavras chave:** Sistema Penal. Mulheres privadas de liberdade. Políticas públicas. Direitos Humanos. Maternidade no cárcere.

#### 1. O HISTÓRICO DO SISTEMA CARCERÁRIO FEMININO NO BRASIL

As primeiras prisões femininas surgem num contexto de uma sociedade patriarcal e sob uma ótica masculina, criada por homens pensado em um espaço para homens. As prisões não eram criadas visando o acolhimento de mulheres, posto que se tinha a ideia que a mulher não era propensa a prática delituosa, em razão do seu instinto maternal, era reservado a ela o espaço doméstico, o cuidado da casa e dos filhos. Historicamente os primeiros crimes pelos quais as mulheres eram condenadas eram relacionados à bruxaria e prostituição, ou qualquer desvio de conduta da mulher do papel que lhe foi socialmente atribuído, criando-se ao decorrer dos anos estereótipos de crimes voltados ao feminino (ZAFFARONI, 2000). A utilização da pena de prisão servia para a reprodução dos papéis femininos socialmente construídos. A prisão feminina era voltada à domesticação das mulheres criminosas (ESPINOZA, 2003).

<sup>1</sup> Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenadora discente do projeto Ouvidoria Feminina Athenas.

<sup>2</sup> Bacharelanda em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Coordenadora discente do projeto Ouvidoria Feminina Athenas.

<sup>3</sup> Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Ouro Preto. Advogada. Ex coordenadora discente do Projeto Ouvidoria Feminina Athenas.

Inicialmente as mulheres eram presas juntamente com os homens, o que não era apropriado e gerava inúmeros percalços durante o encarceramento, surgiu então a necessidade de separação entre homens e mulheres. Segundo Soares e Ilgenfritz (2002, p. 57), o objetivo desta separação seria o de “garantir a paz e a tranquilidade desejada nas prisões masculinas, do que propriamente a dar mais dignidade às acomodações carcerárias, até então compartilhadas por homens e mulheres”.

O principal ideólogo das prisões femininas, Lemos de Brito, em 1924, após visitar todas as prisões do país, elaborou um projeto de reforma penitenciária, com um plano geral, no qual aconselhava a construir um reformatório feminino especial, que não se baseasse nos moldes das prisões masculinas.

Somente em 1940, o Código Penal previu um estabelecimento específico para abrigar mulheres em cumprimento de pena, quando não fosse possível, um espaço reservado nos estabelecimentos prisionais masculinos. Conforme disposto no Art. 29º, parágrafo 2º, do Código Penal de 1940 *“As mulheres cumprem pena em estabelecimento especial, ou, à falta, em secção adequada de penitenciária ou prisão comum, ficando sujeitas a trabalho interno”*.

As primeiras penitenciárias no Brasil, surgem a partir de 1937, com o Instituto Feminino de Readaptação Social no Rio Grande do Sul. Em 1941, o Presídio de Mulheres de São Paulo e, em 1942, a Penitenciária Feminina do Distrito Federal, em Bangu, sendo que destas três somente a última fora criada especialmente para as mulheres encarceradas, sendo as outras readaptações de estruturas já existentes

A primeira penitenciária feminina localizada no antigo Distrito Feral era administrada pelas Irmãs do Bom Pastor. As penas aplicadas às mulheres objetivavam recuperar o pudor das mulheres presas, estas tinham dois caminhos possíveis, ou se tornariam aptas a voltar ao convívio social, ou as solteiras e idosas, que não eram propensas ao casamento, deviam se dedicar à vida religiosa. A administração interna e pedagógica do presídio ficou a cargo das religiosas responsáveis por cuidar “da moral e dos bons costumes, além de exercer um trabalho de domesticação das presas e vigilância constante da sua sexualidade”. (SOARES E ILGENFRITZ, 2002. Apud, MOCELIN, 2015). A administração das Irmãs do Bom Pastor cessou em meados de 1970 retornando à administração para o Estado.

## **2. O CRESCIMENTO DO ENCARCERAMENTO FEMININO NO BRASIL**

Com um aumento de 680% no número de presas nos últimos 16 anos, atualmente há aproximadamente 42.000 mulheres no sistema prisional do país, número considerável que demonstra a urgência de se discutir a criminalidade feminina e as particularidades da mulher enquanto encarcerada, tanto sob a ótica jurídica quanto sociológica.

O Brasil encontra-se na quarta posição mundial, dos doze países que mais encarceram mulheres no mundo, ficando atrás apenas dos Estados Unidos, da China e da Rússia em relação ao tamanho absoluto de sua população prisional feminina. Contudo, se observarmos em série histórica a evolução da taxa de aprisionamento nos cinco países que mais encarceram mulheres no mundo, é possível observar que a expansão do encarceramento de mulheres no Brasil não encontra parâmetro de comparabilidade entre o grupo de países.

No Brasil, é vertiginoso o aumento do cárcere em uma visão geral, principalmente em comparação entre o crescimento do encarceramento feminino em relação ao masculino. Uma pesquisa realizada pelo Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres em 2016, constatou que o número de mulheres presas subiu aproximadamente 656%, enquanto o de homens alcançou 293%. Em junho de 2016, a população prisional feminina atingiu a marca de 42 mil mulheres privadas de liberdade, no início dos anos 2000, quando menos de 6 mil mulheres se encontravam no sistema prisional. No mesmo período, a população prisional masculina passou de 169 mil homens encarcerados em 2000 para 665 mil homens em 2016. Já a taxa de aprisionamento de mulheres, entre 2000 e 2016, aumentou em 525% no Brasil, passando de 6,5 mulheres encarceradas para cada grupo de 100 mil mulheres em 2000 para 40,6 mulheres encarceradas em 100 mil (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL, 2016).

Junto a este aumento, aufere-se também visibilidade aos problemas que afligem, especificamente, a população carcerária feminina em um sistema não só pensado para os homens, mas também criado por estes. Apesar de representar uma parcela pequena de toda a população carcerária, as mulheres carecem de políticas públicas voltadas às suas necessidades específicas.

Segundo a pesquisa “Dar À Luz na Sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão” (2015), desenvolvida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), a maioria das mulheres encarceradas são jovens, de baixa renda, baixa escolaridade, em geral mães, mais pretas e pardas do que brancas, presas provisoriamente por suspeita de crime contra o patrimônio ou ligado ao tráfico de drogas. Portanto, mulheres em situação de vulnerabilidade social muito semelhantes, as quais são inseridas em um espaço de exclusão social, onde perpetua-se as vulnerabilidades.

## **3. AS ESTRUTURAS DAS PENITENCIÁRIAS FEMININAS ATUAIS**

Atualmente o Brasil conta com cerca de 343 estabelecimentos prisionais femininos ou mistos, sendo 58 estabelecimentos prisionais femininos, distribuídos em 26 estados. Entretanto, o número é insuficiente considerando o número de mulheres

encarceradas, e o crescimento exponencial de presas nas últimas décadas, conforme explanado no tópico anterior.

Cumprido destacar que muitas mulheres são mantidas em delegacias de polícia e carceragens superlotadas e com estrutura inadequada. No entanto, não é possível aferir o número de mulheres que se encontram presas nas delegacias, as informações disponibilizadas pelos estados da federação acerca pessoas custodiadas em carceragens de delegacias não apresentam, em grande parte dos casos, recorte de gênero (DEPEN, 2016).

Segundo dados extraídos do Levantamento de Informações Penitenciárias - INFOPEN Junho/2016, em relação à destinação dos estabelecimentos por gênero, observa-se a tendência já expressa na primeira edição do INFOPEN Mulheres, que apontou que a maior parte dos estabelecimentos penais foi projetada para o público masculino, 74% das unidades prisionais destinam-se aos homens, 7% ao público feminino e outros 16% são caracterizados como mistos, o que significa que podem contar com alas/celas específicas para o aprisionamento de mulheres dentro de um estabelecimento originalmente masculino.

O Instituto Terra Trabalho e Cidadania (ITTC) possui o programa Justiça sem Muros, que tem como objeto de estudo a questão da prisão feminina no país. Segundo a pesquisadora do programa, Nina Cappello Marcondes, “A gente avalia que os presídios são péssimos. Eles foram construídos numa ótica masculina. Há quem defenda uma lógica feminina, mas é impossível que aconteça porque são locais em que torturas se repetem” (MADEIRO, 2017).

As estruturas das penitenciárias brasileiras são precárias, destaca-se o fato de as mulheres terem um tratamento similar, e até mesmo pior que o dispensado aos homens, que também têm precárias condições no cárcere, porém, a desigualdade de tratamento é patente e decorrente das peculiaridades e necessidades, próprias das mulheres, que não possuem acesso à saúde e cuidados com higiene. As penitenciárias não atendem nem o número suficiente de mulheres, nem as especificidades do gênero feminino, tais como acompanhamento ginecológico, necessidades básicas tais como uso de absorvente íntimo durante o período menstrual.

A maioria dos presídios brasileiros possuem problemas de superlotação, péssimas estruturas físicas, insalubres, propícios a proliferação de doenças infectocontagiosas. Em muitas penitenciárias celas são improvisadas como enfermarias, os equipamentos e medicamentos insuficientes, faltam também profissionais. A falta de escolta policial, dificulta que as presas sejam levadas à hospitais para serem atendidas.

A situação se agrava quando as presas engravidam, ou são recolhidas nos estabelecimentos já gestantes, tendo em vista a maior fragilidade física e emocional inerente ao período gestacional, necessitando de cuidados especiais como o acompanhamento de pré-natal (que é praticamente inexistente nas prisões), alimentação

adequada, além dos casos que necessitam de maior cuidado, como nos casos de gravidez de risco, gerada por inúmeros fatores, biológicos, de saúde da mulher, que se agrava diante do local em que se encontra, as condições de higiene, de infraestrutura precária, somado a tudo isso o psicológico da mulher, que em razão dos hormônios em razão do estado em que se encontra de gravidez, os sentimentos são intensificados no cárcere, a sensação de abandono, solidão, angústia, impulsionam a ansiedade de sair dali. Além disso as mulheres são mais abandonadas, por seus companheiros e pela família, e recebem menos visitas que os homens presos. Aponta-se a alta incidência, entre as presidiárias, de transtornos psiquiátricos ou problemas psicológicos.

Para a Pastoral Carcerária, a superlotação dos presídios femininos é uma vertente mais cruel do sistema carcerário brasileiro. “A vulnerabilidade delas é muito maior do que para os homens”, afirma a irmã Petra Silvia Pfaller, coordenadora nacional da Pastoral. “Na hora que conversamos com as mulheres, vemos que elas são muito mais afetadas. São mais abandonadas, recebem menos visitas. Imagine as avós, tias que cuidam dos filhos delas, por exemplo, que têm dificuldade de visita. Muitos presídios femininos são regionais, elas têm de viajar de longe muitas vezes”. Ressalta a irmã Petra, em entrevista concedida ao Site UOL, “A situação se agrava muito quando a presa é mãe. Quando a mulher é presa, quem cuida dos filhos? A ansiedade das mulheres na prisão é maior, a preocupação é muito grande. E com os presídios superlotados, os serviços são prejudicados, tudo fica mais difícil”.

Segundo dados do Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias - INFOPEN Mulheres (2018), apenas 55 das unidades femininas ou mistas em todo o país, totalizando 16%, possuem cela ou dormitório adequado para custodiar gestantes. Ademais, apenas 14% desses estabelecimentos contam com berçário e/ou centro de referência materno-infantil (espaço destinado para receber crianças de até 2 anos de idade), e 3% dispõem de creche (onde recebem crianças com mais de 2 anos). Esses dados demonstram um enorme despreparo das unidades prisionais em receber mulheres mães, as quais vivenciam uma realidade de vulnerabilidade social, que se agrava com o encarceramento e a dificuldade (ou impossibilidade) de assistir seus filhos.

#### **4. LEGISLAÇÃO EXISTENTE DE PROTEÇÃO AOS DIREITOS DAS MULHERES PRESAS GESTANTES**

O Brasil é signatário das Regras de Bangkok aprovadas pela ONU em 2010, regras estas que reafirmam direitos humanos no tratamento da mulher presa. Além disso, a Constituição da República, em seu art. 5º, inciso L, determina que a população carcerária feminina possa permanecer com seus filhos durante o período de amamentação, há ainda direitos e garantias assegurados pela legislação pátria, a Lei nº11.942/09 garante às gestantes que deram a luz em penitenciárias o direito de ficarem juntas com as crianças

durante um ano; o Decreto nº 8.858/16 proíbe que as detentas sejam algemadas durante o parto.

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, realizada no ano de 1994, na cidade brasileira de Belém do Pará, foi reconhecida a condição específica de vulnerabilidade a que estão submetidas as mulheres privadas de liberdade, tendo sido determinado aos Estados, a atenção e a consideração necessárias à melhoria dessa situação. No entanto, estudos realizados acerca dessa realidade nos presídios do País, indicaram que o Estado brasileiro estava negligenciando estas recomendações (RELATÓRIO, 2007).

A separação por gênero dos estabelecimentos destinados ao cumprimento de penas privativas de liberdade está prevista na Lei de Execução Penal e foi incorporada à Política Nacional de Atenção às Mulheres em Situação de Privação de Liberdade e Egressas do Sistema Prisional como forma de visibilizar a situação de encarceramento de mulheres em estabelecimentos em que a arquitetura prisional e os serviços penais foram formulados para o público masculino e posteriormente adaptados para custódia de mulheres e são, assim, incapazes de observar as especificidades de espaços e serviços destinados às mulheres que envolvem, mas não se limitam a atividades que viabilizam o aleitamento no ambiente prisional, espaços para os filhos das mulheres privadas de liberdade, espaços para custódia de mulheres gestantes, equipes multidisciplinares de atenção à saúde da mulher, entre outras especificidades. (DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL).

Trata-se da aplicação do princípio constitucional de individualização da pena, da qual decorre a regra constitucional explicitada no artigo 5º, inciso XLVIII, segundo o qual “...a pena será cumprida em estabelecimentos distintos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado...”.

A Lei de Execução Penal – LEP (Lei 7.210/84) dispõe sobre os direitos de pessoas privadas de liberdade, tais como saúde, educação, assistência social, exercício do trabalho e de atividades intelectuais. No caso de mulheres em gestação, reclusão em estabelecimento compatível e direito à amamentação, dentre outros, ao mesmo tempo em que dispõe sobre a obrigação do Estado em propiciar as condições materiais necessárias para a execução desses direitos.

Estabelece algumas diferenças que devem ser cumpridas nas penitenciárias femininas, tais como: os agentes penitenciários devem ser mulheres, as condenadas devem ter acompanhamento médico, principalmente no pré-natal e no pós-parto, os estabelecimentos penais devem ser dotados de berçário, creche e seções para gestantes e parturientes. Entretanto, a realidade é que essas obrigações legais não são cumpridas por grande parte das penitenciárias. Ademais, pouco se fala sobre isso em decorrência do sistema patriarcal, que estabelece papéis para homens e mulheres e, portanto, dificulta o diálogo sobre a relação feminina com o sistema prisional. Entretanto, a realidade é que essas obrigações legais não são cumpridas por grande parte das penitenciárias. Ademais,

pouco se fala sobre isso em decorrência do sistema patriarcal, que estabelece papéis para homens e mulheres e, portanto, dificulta o diálogo sobre a relação feminina com o sistema prisional.

De acordo com a pesquisa realizada pelo censo “Saúde materno-infantil nas prisões” nas unidades prisionais femininas que abrigavam mães vivendo com seus filhos em capitais e regiões metropolitanas de 24 estados brasileiros e no Distrito Federal, entre agosto de 2012 e janeiro de 2014, 93,4% das mulheres entrevistadas tiveram acesso a pelo menos uma consulta de pré-natal, porém a maioria considerou inadequado (36,2%) ou parcialmente inadequado (28,5%). Além disso, houveram relatos de maltrato ou violência por profissionais da saúde e agente penitenciários durante o tempo que estiveram na maternidade (LEAL et al., 2016). Insta salientar, que o tratamento oferecido a essas mulheres não é o mesmo que as mulheres não encarceradas recebem pelo SUS, o que se torna um paradoxo, uma vez que as mulheres presas estão sobre a custódia do Estado, portanto, deveria ser oferecido a elas o mesmo tratamento que o Estado oferece à população. É certo que uma pessoa presa só perde o direito à liberdade. Contudo, todos os outros direitos inerentes à pessoa humana, como o direito à saúde, defesa, assistência social e trabalho, deveriam ser garantidos pelo Estado. Não é o que ocorre de fato, as detentas são privadas de tudo.

Na Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, realizada no ano de 1994, na cidade brasileira de Belém do Pará, foi reconhecida a condição específica de vulnerabilidade a que estão submetidas as mulheres privadas de liberdade, tendo sido determinado aos Estados, a atenção e a consideração necessárias à melhoria dessa situação. No entanto, estudos realizados acerca dessa realidade nos presídios do País, indicaram que o Estado brasileiro estava negligenciando estas recomendações (RELATÓRIO, 2007).

As violações contra os direitos das mulheres custodiadas pelo Estado brasileiro indicam o desrespeito, aos tratados e às convenções internacionais pertinentes aos Direitos Humanos, à Constituição Federal e à Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210 de 1984).

## **5. A EMERGENTE NECESSIDADE DE CRIAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS VOLTADAS ÀS MULHERES GESTANTES NO CÁRCERE**

A destinação dos estabelecimentos segundo o gênero, portanto, é um dever Estatal, e representa aspecto fundamental para a implementação de políticas públicas específicas, voltadas a esse segmento. Entretanto, em detrimento do que dispõe seu ordenamento jurídico, a infraestrutura do sistema prisional feminino representa um dos maiores empecilhos para a existência das condições necessárias para o adequado cumprimento da pena privativa de liberdade.

Segundo Santa Rita (2007), o termo presídio já tem embutido a ideia de que é espaço dos homens, contribuindo de forma negativa para a criação e instalação de unidades penais, e de políticas públicas específicas para as mulheres presas. Assevera a autora:

[...] a mulher quando inserida no contexto de privação de liberdade apresenta uma série de particularidades que se relacionam às suas próprias condições biogenéticas: o “ser mãe”; o período de gestação; a fase de lactação, a separação dos filhos que nasceram em ambiente intramuros e extra-muros, para citar algumas (SANTA RITA, 2007, p.75).

O que ocorre na realidade, é a improvisação do espaço prisional masculino para receber o contingente feminino. Raros são os edifícios construídos com esse objetivo próprio, geralmente são prédios improvisados, antigos conventos, escolas e hospitais. Quando são criadas unidades penais femininas, a construção ocorre nos moldes masculinos, não atendendo as especificidades femininas que são bem diferentes das masculinas.

Devido às condições nocivas das penitenciárias e delegacias, algumas mães não conseguem ficar com o bebê durante os seis meses para o aleitamento materno. Sem opção as mães quando há a possibilidade entregam a familiares/parentes da presa ou mandam para instituições. As crianças nascidas nas prisões são o mais forte argumento dos defensores dos direitos das detentas, principalmente tocante para aqueles que creem que criminosas não merecem condições mínimas de direitos humanos. Isso porque há inocentes que também pagam essa pena (o mais inocentes que uma pessoa pode ser): os recém-nascidos. (MINISTÉRIO DA SAÚDE, 2010)

Além da necessidade de aleitamento, principalmente nos 6 primeiros meses de vida do bebê, e da importância do vínculo mãe-bebê para o desenvolvimento da criança, os filhos contribuem como um apoio emocional e uma motivação para o melhor cumprimento da pena para as mães em situação de privação de liberdade (ARMELIN, 2010). Portanto, as gestantes, as puérperas e seus filhos devem gozar de um espaço apropriado, com acesso à saúde, alimentação adequada etc. Não obstante existam previsões legais para essa classe, a situação das grávidas, lactantes e seus filhos depende da feição dos gestores das unidades prisionais, o que demonstra a importância de políticas públicas para uniformizar os procedimentos e as condições físicas.

Tendo em vista que, em sua maioria, os crimes cometidos por mulheres estão ligados a questões de ordem econômica, penas alternativas e assistência à mulher na sociedade seriam opções mais eficazes de reparação de danos, uma vez que afetariam a causa do crime, bem como evitaria o afastamento entre mães e filhos pelo encarceramento. Além disso, economicamente, o aprisionamento gera um alto custo para o Estado e deveria ser última alternativa no processo de responsabilização e reparação do delito.

A Lei Processual Penal, permite ao juiz caso entenda necessário, substituir prisão preventiva pela domiciliar, em alguns casos como a gravidez de alto risco ou a partir do sétimo mês, as gestantes permaneçam em prisão domiciliar; o mesmo se aplica a mulheres

que sejam imprescindíveis no cuidado de crianças com menos de seis anos, ou que estejam em gravidez de alto risco, ou ainda que sejam acometidas de doença grave. In verbis:

Art. 317. A prisão domiciliar consiste no recolhimento do indiciado ou acusado em sua residência, só podendo dela ausentar-se com autorização judicial.

Art. 318. Poderá o juiz substituir a prisão preventiva pela domiciliar quando o agente for:

(...)

III - imprescindível aos cuidados especiais de pessoa menor de 6 (seis) anos de idade ou com deficiência;

IV - gestante a partir do 7º (sétimo) mês de gravidez ou sendo esta de alto risco.

Parágrafo único. Para a substituição, o juiz exigirá prova idônea dos requisitos estabelecidos neste artigo.

Em outubro de 2017, a presidente do CNJ, ministra Cármen Lúcia, estabeleceu o Cadastro Nacional de Presas Grávidas e Lactantes, para o acompanhamento do Judiciário sobre a situação dessas mulheres, bem como um protocolo de recomendações ao sistema prisional. As visitas realizadas pelo CNJ de janeiro a abril de 2018 em 33 unidades prisionais demonstraram que as realidades são contrastantes. Em fevereiro deste ano, o STF em decisão por maioria de votos, concedeu Habeas Corpus Coletivo (HC 143641) que permite que gestantes e mães de crianças até 12 anos aguardem o julgamento em prisão domiciliar, desde que não tenham praticado crime violento.

Atualmente no Brasil existem em alguns Estados, como Minas Gerais, Centros de Referência da gestante, que oferecem tratamento especializado para gestantes acauteladas, local em que permanecem com os filhos até completarem seis meses a um ano de idade. No entanto, o número desses centros ainda é insuficiente e não consegue atender a demanda necessária. Após o tempo que as mães permanecem com seus filhos nos centros de referência, ou nas penitenciárias, vem o desligamento, que é sem dúvidas o momento mais difícil, tendo em vista que durante o período em que permanecem com as crianças são mães em tempo integral, intensificando o vínculo entre as mães e seus filhos, para depois rompê-lo abruptamente. Em razão disso, as mães encarceradas sofrem uma dupla punição, além do confinamento em função do delito e conseqüentemente o afastamento de seu contexto social, familiar e cultural proporcionado pelo cárcere, sofrem ainda a ansiedade e preocupação com a posterior separação dos filhos, agonia advinda da realidade de ser mãe encarcerada.

Junto de suas mães são aprisionadas crianças, mães divididas entre ficarem próximas de seus filhos, mas dentro do sistema prisional, ou serem criadas pelas famílias fora do cárcere. A questão da criança no cárcere é complexa, vez que, se por um lado ela tem amparo materno, por outro ela fica exposta a ambientes inadequados e insalubres.

## 6. CONCLUSÃO

No contexto prisional, a gestação e a maternidade exigem uma reflexão mais profunda acerca do impacto do encarceramento na vida das mulheres. Questões como a

falta de estrutura voltada para a custódia de mulheres grávidas, a permanência do filho com a mãe na prisão, a situação psicológica da mãe presa, os pontos positivos e negativos da vivência da maternidade no cárcere e as dificuldades encontradas, merecem especial notoriedade nessa discussão. Apesar de caminhar a passos lentos, houveram avanços na legislação no que concerne a garantia de direitos a gestante encarcerada, entretanto, há uma expressiva divergência entre a norma e a realidade atual do sistema carcerário brasileiro. Com essas considerações, frisa-se a importância da visibilidade estatal para este grupo vulnerável, atentando-se às particularidades do gênero feminino no cárcere, através da criação de leis específicas e políticas públicas efetivas.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código de Processo Penal. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Decreto-Lei/Del3689.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689.htm)>, acesso em 11 de abr. 2019.

BRASIL. Constituição Federal de 1988. Disponível em <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)>. Acesso em 17 de abr. 2019.

CERNEKA, Heidi Ann Cerneka. Homens Que Menstruam: Considerações Acerca do Sistema Prisional às Especificidades da Mulher. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 6, n. 11. p. 61-78. jan./jun. 2009.

CÚNICO, Sabrina Daiana; BRASIL, Marina Valentim Brasil; BARCINSKI, Mariana. **A maternidade no contexto do cárcere: uma revisão sistemática**. Estud. pesquis. psicol. vol.15 no.2 Rio de Janeiro, jul. 2015.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias (Infopen). Brasília: Depen, 2014. Disponível em: <<http://www.justica.gov.br/news/mj-divulgara-novo-relatorio-do-infopen-nesta-terca-feira/relatorio-depen-versao-web.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2018.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA. Dar à luz na sombra: condições atuais e possibilidades futuras para o exercício da maternidade por mulheres em situação de prisão. Série Pensando o Direito, nº 51. Brasília, 2015.

MÁVILA, Espinoza Olga. A prisão feminina desde um olhar da criminologia feminista. **Revista Transdisciplinar de Ciências Penitenciárias**, Pelotas, v. 1, n. 1, p. 35-59, jan./dez. 2002.

MENDES, Soraia da Rosa. **Criminologia feminista: novos paradigmas**. São Paulo: Saraiva. 2014, p.168).

MOREIRA, Anny Clarissa de Andrade et al. **Diário de uma intervenção: sobre o cotidiano de mulheres no cárcere**. Florianópolis: EMais, 2018.

LEAL, Maria do Carmo et al. Nascer na prisão: gestação e parto atrás das grades no Brasil. **Ciência & Saúde Coletiva**, v. 21, p. 2061-2070, 2016.

ARMELIN, Bruna Dal Fiume. Filhos do cárcere: estudo sobre as mães que vivem com seus filhos em regime fechado. **Revista da Graduação**, v. 3, n. 2, 2010.

OTONI, Luciana. Cármen Lúcia cria protocolo e cadastro de presas grávidas e lactantes. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/86931-carmen-lucia-cria-protocolo-e-cadastro-de-presas-gravidas-e-lactantes>>. Acesso em: 9 de agosto de 2018.

SANTA, Rita R. P. **Mães e crianças atrás das grades: Em questão o princípio da dignidade da pessoa humana**. Dissertação de mestrado não publicada, Universidade de Brasília, Brasília, DF, 2006.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. BATISTA, Nilo. (2203). **Direito Penal Brasileiro I**. Rio de Janeiro: Revan.

MADEIRO, Carlos. **Número de detidas em presídios femininos no Brasil cresce oito vezes em 17 anos**. Disponível em: <<https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/12/08/numero-de-mulheres-presas-dispara-e-20-estados-ja-tem-presidios-femininos-superlotados.htm>>. Acesso em: 25 de mar. 2019.

MOCELLIN, Maria Eduarda. **Mães do Cárcere: os direitos das mulheres e a convivência familiar em situações de privação de liberdade**. Curitiba, 2015.

GREGOL, Luciana Fernandes. **Maternidade no Cárcere – Um estudo reflexivo acerca da prisão feminina e o exercício da maternidade no sistema penitenciário brasileiro**. Rio de Janeiro, 2016.

SPINOLA, Priscilla Feres. **A experiência da maternidade no cárcere: Cotidiano e trajetórias de vida**. São Paulo, 2016.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Infopen Mulheres. 2ª edição. Brasília: Depen, 2018. Disponível em: <[http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres\\_arte\\_07-03-18.pdf](http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen-mulheres/infopenmulheres_arte_07-03-18.pdf)>. Acesso em: 28 mar. 2019.

DEPARTAMENTO PENITENCIÁRIO NACIONAL. Participação Social. Disponível em: <<http://depen.gov.br/DEPEN/aceso-a-informacao/participacao-social>>. Acesso em: 28 mar. 2019.

SANTA RITA, Rosangela Peixoto. **Mães e crianças atrás das grades**: em questão o princípio da dignidade da pessoa humana. Brasília, 2006.

# ED 4

## Vulnerabilidades no Direito Civil

# O CONSENTIMENTO INFORMADO NAS PESQUISAS COM SERES HUMANOS: A MORTE QUE OCASIONOU O RENASCIMENTO

THE INFORMED CONSENT IN RESEARCH WITH HUMANS:  
A DEATH THAT CAUSED THE RENAISSANCE

Anna Luísa Braz Rodrigues

## RESUMO:

Ocorreram nos campos de concentração nazistas pesquisas com participação inadequada que desrespeitava os preceitos de voluntariedade e autonomia. Baseadas em ideias eugenistas que aceitavam a prisão e o uso indiscriminado de parcelas específicas da sociedade, tais atrocidades foram amplamente divulgadas e desencadearam uma narrativa em que diplomas normativos de âmbito internacional regulamentaram as práticas éticas das pesquisas com seres humanos, tendo como principal ponto o consentimento informado dos participantes. O objetivo do presente trabalho é evidenciar a relevância paradigmática acerca do consentimento informado na relação estabelecida por pesquisadores e participantes de pesquisa ao longo da história, além de definir como foco primordial a conceituação dos elementos voluntariedade, dever de informar e capacidade para consentir. A pesquisa feita para este trabalho possui enfoque qualitativo e caráter bibliográfico e interdisciplinar.

**Palavras-chave:** consentimento informado; pesquisa com seres humanos; capacidade para consentir; dever de informar; voluntariedade.

## ABSTRACT:

There were in the Nazi camps researches with inadequate participation that disregarded the precepts of voluntariness and autonomy. Paradigmatic eugenics practicing the practice of the indeterminate use of specific actions of society were widely disseminated and triggered a narrative about normative diplomas of international regulatory scope as the sciences of research with human, having as main point the informed consent of the participants. This paper highlights the paradigmatic relevance of informed consent for research and long-term events in history, as well as defining how the focus is fundamental for the design of volunteer elements, the duty to inform and the ability to consent. The research done for this work has qualitative and bibliographic character and interdisciplinary approach.

**Keywords:** informed consent; research with humans; ability to consent; duty to inform; voluntariness.

## 1. INTRODUÇÃO

Durante os anos anteriores à Segunda Guerra Mundial, as pesquisas se limitavam a descobertas científicas sobre o corpo humano e os tratamentos de doenças que atingiam grandes parcelas populacionais. Já sobre as normativas acerca do tema, temos que a concepção de experimentação moderna chegou ao século XIX contando com regulamentações restritas aos princípios de auto-regulação presentes na relação entre médico e paciente. (GOLISZEK, 2004) O consentimento informado só foi encarado como um instituto de destaque depois das fatalidades ocorridas na Segunda Guerra Mundial, visto que houve utilização de judeus, ciganos, pessoas com deficiência, minorias raciais, religiosas e sexuais nas experiências em campos de concentração baseada em ideias eugenistas que aceitavam a prisão e o uso indiscriminado de parcelas específicas da sociedade. (GUILHEM; DINIZ, 2012)

O objetivo do presente trabalho é evidenciar a relevância paradigmática acerca do consentimento informado na relação estabelecida por pesquisadores e participantes de pesquisa ao longo da história, além de definir como foco primordial a conceituação dos elementos voluntariedade, dever de informar e capacidade para consentir. Ou seja, o artigo se propõe a reconstruir as bases históricas que desrespeitaram os preceitos de autonomia e responsabilidade no tratamento dos vulneráveis para debater o conceito atual de consentimento informado de forma a fortalecer a manutenção de sua “sobrevivência” no ordenamento.

A pesquisa feita para este trabalho possui enfoque qualitativo e caráter bibliográfico e interdisciplinar. A investigação possui caráter bibliográfico, pois os dados analisados não serão produzidos pelos investigadores, mas colhidos em documentos. Os recursos utilizados foram: livros especializados, artigos de periódicos científicos e legislação. A investigação possui caráter interdisciplinar, uma vez que a análise dos dados não é realizada apenas pela óptica do Direito Civil, mas também sob a perspectiva da Bioética. Assim sendo, há transposição de conceitos, terminologias, tipos de discurso e argumentação, etc.

## 2. DESENVOLVIMENTO

Neste tópico, cabe cumprir, por meio da metáfora da morte, do renascimento e da vida, o objetivo almejado pelo trabalho e anteriormente relatado.

2.1 Qual o contexto histórico das regulamentações acerca das pesquisas com seres humanos? Como o consentimento informado nasceu e morreu?

Antes da Segunda Guerra Mundial, mesmo que com enfoques diferenciados, a depender da cultura e desenvolvimento dos períodos, o conhecimento científico produzido

estava focado no entendimento sobre o corpo humano e no tratamento de doenças de grande proporção. Na antiguidade, a ciência médica era encarada de maneira peculiar. Embora as doenças fossem tidas como fruto da vontade dos deuses e sua cura fosse dependente da vontade desses seres, os seres humanos se encarregavam de uma medicina mágica que objetivava acalmar os ânimos divinos. Os conhecimentos acerca da cura eram fruto de empirismo e os tratamentos propriamente ditos envolviam poções e curativos à base de plantas e também rituais que hoje em dia seriam considerados inadequados, envolvendo virgens e crianças. (ROSA, 2012)

Na Mesopotâmia, médicos tinham sua profissão regulamentada pelo Código de Hamurabi, mas ainda estavam envoltos dessa esfera sobrenatural e religiosa. Foi na Grécia Antiga que a valorização humana alterou o paradigma anterior. A fundamentação para os eventos naturais era um princípio que norteava a sociedade e a experimentação baseada em prática e racionalidade tomou lugar do misticismo anterior. Nomes como Hipócrates e Galeno gravaram suas ideias na história ao, respectivamente, alterar os conceitos das relações entre médicos e pacientes por meio do afastamento das causas divinas e aprofundar os estudos sobre o corpo humano e sua anatomia. O primeiro fator é relevante porque trouxe a concepção de submissão do paciente frente ao médico, pois este detinha todo conhecimento. Já a segunda afetou diretamente a forma como as pesquisas foram feitas ao longo dos séculos (ROSA, 2012).

É importante destacar que alguns registros indicam que, apesar de a pesquisa com seres humanos ser mal vista, gregos, romanos, persas e egípcios utilizavam a vivissecção como maneira de aferir avanços científicos, tendo como vítimas do procedimento criminosos da época. Na Idade Média, prisioneiros, hereges e bruxas eram as vítimas constantes do fornecimento de corpos para experimentação humana e aprendizagem acadêmica. A vivissecção, por fim, era encarada como um mal necessário diante das condições precárias desses ambientes e do bem que gerariam ao povo com seus resultados. Com esse mesmo princípio, no Renascimento a vivissecção tornou-se naturalizada e permitida por meio da utilização, novamente, de criminosos. (GOLISZEK, 2004).

As regulamentações da atividade de pesquisa e do consentimento informado caminhavam lado a lado com as concepções da relação entre médico e paciente. Podemos Código de Thomas Percival (1803) como o primeiro sobre ética-médica. O Código de William Beaumont (1833) como primeiro americano sobre o tema, tendo em sua redação tratamento específico sobre a experimentação humana e o consentimento informado. Já na parte de obras literárias, Claude Bernard (1865) lançou “Introdução ao Estudo da Medicina Experimental”, mas, embora fizesse menção ao benefício social da pesquisa, não considerou o consentimento informado como elemento relevante da prática. Em 1900, há registro de uma diretiva prussiana sobre consentimento informado especificamente em pesquisas clínicas, mas, infelizmente, sua aplicabilidade não é conhecida. Outra

normativa considerável é uma circular alemã do Ministério do Reich de 1931, denominada Regulamentos sobre Novas Terapias e Experimentação Humana (CASCAIS, 2011).

Por sua vez, passando para o contexto fúnebre do consentimento informado no século XX, na Alemanha nazista e em seus campos de concentração pesquisas controversas e cruéis foram feitas. Era comum a esses ambientes e procedimentos a utilização desumana de judeus, ciganos, pessoas com deficiência e minorias raciais, religiosas e sexuais. Fator importante desta narrativa, os preceitos eugênicos das ações, surgidos e fortalecidos no período entre guerras, visavam a melhoria das características humanas e a exclusão dos que tinham características consideradas indesejadas. Destaca-se que a Alemanha, em período anterior a guerra, recebeu apoio a suas posturas eugênicas, pois foi nos Estados Unidos da América em que essas ideias foram fortalecidas por meio do controle de natalidade. Em 1933, o governo alemão implementou a Lei de Prevenção do Hereditariamente Enfermo, base para uma postura posterior que incluía eutanásia e experimentação humana como agressões possíveis aos judeus. (GOLISZEK, 2004)

O ápice deste movimento é amplamente conhecido como parte da Segunda Guerra Mundial. Com a justificativa de uso das raças inferiores em prol das superiores, o médico e científico Joseph Mengele organizou e executou diversos experimentos cruéis em grupos marginalizados. Seus centros de pesquisa estavam espalhados em diversos campos de concentração e atuavam na melhora das frentes de batalha. até operação sem o uso de anestesia. Os procedimentos não continham uso de anestesia, causando dor e sofrimento que levaram a milhares de mortes. Os experimentos visavam o sucesso na Guerra e a criação de novos medicamentos, tratamentos e técnicas. (GUILHEM; DINIZ, 2014).

Importante destacar que os alemães não eram os únicos: japoneses também realizavam experimentações humanas durante o período de guerra, mas acordos com americanos interessados nos dados obtidos mantiveram em segredo os acontecimentos. Nesse caso, chamadas de fábricas da morte, a que mais se destacou foi a Unidade 731, na Manchúria, coordenada por Shirolshii, micro biólogo graduado na Universidade de Kyoto e defensor das armas biológicas. Os tons eugênicos também estavam presentes e eram dirigidos aos chineses, que eram capturados para serem usados em experimentações humanas dentro da Unidade. (GOLISZEK, 2004).

## 2.2 O complexo renascimento do consentimento informado

Após o fim da Guerra, os acontecimentos alemães ganharam ampla divulgação e deram origem a um amplo debate sobre a ética em pesquisa com seres humanos que propiciaria o renascimento do consentimento informado.

Ocorrido entre 1945 e 1949, Julgamento de Nuremberg foi resultado de um acordo entre Estados Unidos, Grã-Bretanha, França e União Soviética. Sua condução coube a uma corte internacional com representantes dos quatro países e estes eram responsáveis pela

análise dos casos nazistas. Um destes casos, o primeiro a ser julgado, eram justamente os crimes em relação à experimentação com seres humanos nos campos de concentração. Ou seja, a atividade médico-científica seria submetida à um julgamento jurídico-político. (CASCAIS, 2011) Os debates travados em função da sentença que seria dada tocaram em temas centrais do consentimento informado, como a vulnerabilidade dos participantes que não tinham possibilidade de concordar ou abandonar a pesquisa. Foi neste julgamento que o triste termo 'cobaias humanas' tornou-se conhecido. (GUILHEM; DINIZ, 2014).

O Julgamento foi amplamente divulgado, assim como os preceitos dos novos Direitos Humanos, dando origem a um documento oficial sobre o tema: Código de Nuremberg (1947). O documento estabelece como princípios das pesquisas com seres humanos a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade. Sua redação de 10 artigos foi feita por médicos, juristas e militares e seu conteúdo visa estabelecer condutas éticas a serem tomadas, de forma que a visão utilitarista e eugênica sobre o ser humano fosse afastada, sendo conceitos estabelecidos: consentimento informado e direito de encerrar a participação em qualquer fase. (GUILHEM; DINIZ, 2014)

No entanto, o renascimento do consentimento ainda era frágil: as novas diretrizes internacionais ficaram conhecidas como uma crítica exclusiva aos experimentos nazistas julgados em Nuremberg e não foram utilizadas de maneira adequada na prática científica. (GUILHEM; DINIZ, 2014)

Assim, como solução para divulgar os princípios dados pelo Código, novos documentos foram elaborados. O primeiro deles a merecer citação é a Declaração de Helsinque (1964). Na época, o desenvolvimento científico estava em alta em prol de uma disputa político-científica, pois, após o fim da guerra, o mundo tornou-se polarizado em torno das grandes potências da época: Estados Unidos e União Soviética. Era a chamada Guerra Fria. Diversos foram os setores científicos impulsionados, inclusive aqueles empenhados nos avanços de tratamentos contra doenças, de vacinas e de substâncias com caráter curativo. No entanto, a história ainda não estava acabada: muitas pesquisas ainda eram organizadas de maneira eticamente questionável e a classe médica ganhou uma fama indesejada pela opinião pública. (GUILHEM; DINIZ, 2014)

Diante desse cenário, a Associação Médica Mundial definiu que tentaria restaurar a imagem médica por meio da elaboração de um novo documento: Declaração de Helsinque, como três partes estruturais: princípios básicos, pesquisa médica combinada com cuidados em saúde e pesquisa biomédica sem fins terapêuticos. A primeira delas tratava do consentimento informado, que, de início, foi considerado pelos pesquisadores um limitador das pesquisas e dos frutos que adviriam delas (KOTTOW, 2008). Ao longo dos anos, o documento ganhou grande relevância e sofreu diversas atualizações que a colocaram em posição de respeito devido ao seu respeito aos novos debates e debates, como no caso da inclusão de pautas sobre as pesquisas multicêntricas (GUILHEM; DINIZ, 2014). A reunião que mais nos cabe destacar ocorreu no Japão em 1975 e reforçou a

importância do consentimento informado e dos comitês de ética em pesquisa para o andamento adequado das pesquisas (KOTTOW, 2008).

Um novo capítulo importante desse renascimento ocorreu em 1966, quando um artigo científico de autoria de Henry Beecher foi publicado. O questionamento sobre as condições fáticas das pesquisas em contraponto ao que estava estabelecido pelos documentos anteriores causou alvoroço. O trabalho analisou vinte e dois estudos americanos feitos após a guerra, dando atenção aos seus objetivos, populações envolvidas, financiadores e resultados. As conclusões foram de que as pesquisas de maiores riscos contavam com participantes apontados como vulneráveis em documentos e debates e que a maior parte dos financiamentos eram públicos, contando com parcerias inadequadas no desenvolvimento metodológico. Além disso, o autor deu destaque importante ao termo de consentimento livre e esclarecido. Assim, com a grande publicidade dada aos casos, os Estados se viram obrigados a reverem suas legislações e práticas visando a promoção da dignidade dos sujeitos de pesquisa. (GUILHEM; DINIZ, 2014).

Outro ponto convergente para o apelo público em relação às práticas éticas e ao consentimento informado, foi uma denúncia do The New York Times sobre o caso Tuskegee, estudo financiado pelo governo e conduzido entre 1932 e 1972 com o intuito de analisar a evolução da sífilis na população pobre e negra do Condado de Macon, no Alabama. Foram selecionados seiscentos homens, divididos em dois grupos, sendo quatrocentos infectados e duzentos não infectados, que serviam como controle. O problema ocorreu quando descobriram que os sujeitos de pesquisa não tinham plena consciência da natureza do experimento, nem sobre os efeitos que ela causaria aos seus organismos. Ou seja, não houve respeito ao consentimento informado desde o início da pesquisa. Por fim, após diversas negligências médicas, o resultado demonstrou uma redução na expectativa de vida dos participantes, além de uma maior mortalidade no grupo infectado. O estudo foi encerrado após as manchetes do jornal e seus efeitos desastrosos. (FERNÁNDEZ-ROLDÁN, 2005).

Foi nesse contexto que o governo americano decidiu elaborar um novo documento como resposta às insatisfações públicas: Relatório Belmont (1978). As diretrizes começaram a ser definidas em 1974 pela Comissão Nacional para a Proteção de Sujeitos Humanos na Pesquisa Biomédica e Comportamental. O resultado textual apresentou três princípios norteadores: respeito pelas pessoas, que reconhece os indivíduos como seres autônomos que devem ter liberdade e independência em suas decisões; beneficência, que visa a necessidade de balancear os riscos e benefícios de uma pesquisa no contexto coletivo e privado; e justiça, que visa o equilíbrio da divisão de riscos e benefícios entre os participantes da pesquisa. O documento impulsionou debates sobre sistemas de revisão e inaugurou a bioética como disciplina formal dos quadros universitários. (GUILHEM; DINIZ, 2014)

Assim, após uma morte precoce e cruel, renasceu o consentimento informado.

### 2.3 A vida atual do consentimento informado (no Brasil)

Na década de 90, os sistemas de revisão ética se consolidaram, sendo seus pressupostos o monitoramento permanente e o valor coletivo, pois os projetos são avaliados antes do início e acompanhados em cada decisão metodológica, visto que existem riscos e benefícios para os envolvidos com gradações diferentes a depender da pesquisa e de sua etapa. As elaborações normativas podem ser classificadas em modelos de revisão ética, sendo o modelo de auto regulação adotado no Brasil. Nesse sentido, as instituições de pesquisa são responsáveis por um sistema de avaliação próprio, mas devem seguir parâmetros legais estabelecidos e passarem por validações de conteúdo das instituições responsáveis. (GUILHEM; DINIZ, 2012).

No Brasil, a normativa vigente quanto ao tema é a Resolução 466/2012 do Conselho Nacional de Saúde. A redação brasileira leva em conta documentos internacionais e nacionais, dentre eles o Código de Nuremberg (1947) e a Declaração de Helsinque (agora com suas atualizações de 1996 e 2000), e as novidades da Declaração Universal sobre o Genoma Humano e os Direitos Humanos (1997), a Declaração Internacional sobre os Dados Genéticos Humanos (2003) e a Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos (2004). Em seu preâmbulo, contém expressamente que as pesquisas com seres humanos devem respeitar a dignidade humana e proteger devidamente os participantes, além de considerar as diversas percepções de vida atualmente existentes e prever que o progresso da ciência e da tecnologia deve prover benefícios aos seres humanos, respeitando fundamentalmente a dignidade, a liberdade e a autonomia do indivíduo.

A atual resolução brasileira que trata diretamente sobre pesquisas científicas com seres humanos é a CNS 466/2012, que prevê o instituto do consentimento livre e esclarecido em seu item II.5, definindo-o como

“anuência do participante da pesquisa e/ou de seu representante legal, livre de vícios (simulação, fraude ou erro), dependência, subordinação ou intimidação, após esclarecimento completo e pormenorizado sobre a natureza da pesquisa, seus objetivos, métodos, benefícios previstos, potenciais riscos e o incômodo que esta possa acarretar.”

A Resolução define o processo de consentimento livre e esclarecido em duas etapas. Na primeira etapa, em suma, fica definido que o pesquisador deve transmitir as informações em local adequado, prestar informações em linguagem clara e acessível ao participante, conceder o tempo requerido e adequado para reflexão do participante. Na segunda etapa, em suma, o responsável deve apresentar o Termo de Consentimento Livre e Esclarecido, que deve conter justificativa, explicitação dos possíveis e prováveis desconfortos e riscos, esclarecimentos sobre acompanhamento e assistência, garantia de plena liberdade o participante para recusar ou interromper participação, garantia de sigilo e privacidade, garantia de recebimento de uma cópia do próprio Termo, explicitação dos

ressarcimentos e despesas e explicitação da garantia de indenização de possíveis danos decorrentes do experimento.

O consentimento livre e esclarecido é presumido por meio do princípio da dignidade da pessoa humana presente na Constituição Federal de 1988 e do artigo 15 do Código Civil brasileiro que expressa a necessidade de aceitação por parte do participante em relação aos procedimentos a que estará submetido ao ser parte da pesquisa. Além disso, conceitualmente o consentimento informado tem como elementos constitutivos: voluntariedade, capacidade para consentir e informação (RIBEIRO, 2016), esse último possivelmente atrelado ao dever de informar.

A voluntariedade determina que a decisão seja tomada sem manipulação ou coação, sem controle ou determinação de outra pessoa, obedecendo aos valores e convicções daquele que deve consentir.

Por sua vez, as informações são as delimitadoras da atuação e da responsabilidade e o responsável pela transmissão de informações é aquele que executará o procedimento, sendo possível a contribuição e o auxílio de outros profissionais. Nos paradigmas citados em capítulos anteriores, Ou seja, a manipulação de informações era plausível, pois o paciente era considerado mero objeto em que recaíam as decisões médicas inquestionáveis (BERGSTEIN, 2013), mas, sob a égide da autonomia, o dever de informar deve ser transmitido em qualidade de conteúdo pra entendimento dos pontos relevantes pelo médico ou por quem atuará ao participante que sofrerá o procedimento de maneira adequada, ou seja, com antecedência, acessibilidade, sinceridade, sensibilidade e, preferencialmente, oralmente (RIBEIRO, 2016).

Por fim, diferentemente da capacidade civil, baseada nos artigos 3º e 4º do Código Civil brasileiro, a capacidade para consentir avaliará as condições intelectuais, volitivas e emocionais em relação ao procedimento de intervenção proposto. Em grande maioria, os testes elaborados para aferir a capacidade para consentir seguem critérios de habilidades aproximados, podendo ser exemplificados os elaborados por Appelbaum e Grisso: (i) compreender informações; (ii) auto referenciar informações; (iii) manejar as informações relevantes e tomar uma decisão. (RIBEIRO, 2016)

Como breves notas de resolução, podemos ressaltar que: sobre a primeira questão, devemos observar que não existe pressuposição de que não existam influências sobre a decisão, pois é por meio do processo de avaliação sobre as informações e recomendações recebidas que se chegará a uma decisão. Sobre o dever de informar, devemos analisar a responsabilidade do pesquisador e também daqueles diretamente atuantes nos procedimentos, vez que cada profissional é responsável por adquirir consentimento para o que executa. Por sua vez, é possível analisar diferentes métodos de avaliação da capacidade para consentir, como o MacCAT-T e a Escala Móvel, que contém métodos e critérios específicos de averiguação. (RIBEIRO, 2016)

Além disso, é importante dizer que a Resolução conceitua assentimento informado: documento elaborado em linguagem acessível para os menores de idade ou legalmente incapazes. Após os participantes serem informados e esclarecidos acerca do procedimento da pesquisa, por meio deste termo explicitam sua anuência em participar da pesquisa. O consentimento dos responsáveis legais continua sendo necessário, mas considera-se um avanço em direção ao respeito das vontades de quem sofrerá os procedimentos.

### 3. CONCLUSÃO

Uma vez que os participantes de pesquisa dos campos de concentração eram escolhidos de acordo com sua identificação num grupo marginalizado e sua própria participação nos estudos era feita de forma coercitiva ou desinformada, o Julgamento de tais atos impulsionou a elaboração de um documento que objetiva os princípios dos Direitos Humanos, em específico a dignidade da pessoa humana e a autonomia da vontade, como essência das pesquisas com seres humanos: O Código de Nuremberg. Seus 10 artigos sintéticos visam a orientação sobre a ética em pesquisa, sendo pontos cruciais o consentimento individual, o afastamento da visão utilitarista sobre o bem comum em detrimento do individual, o direito de encerrar a participação em qualquer etapa e o afastamento das pesquisas com risco de morte. (GUILHEM; DINIZ, 2012)

Outros documentos importantes foram posteriormente criados, como a Declaração de Helsinque (1964, com atualizações posteriores) e o Relatório Belmont (1978). O segundo merece destaque especial, pois surgiu como uma virada de paradigma quando, em 1966, um artigo científico de Henry Beecher questionou a efetividade do que estava sendo posto pelos documentos anteriores citados ao analisar pesquisas americanas feitas no pós-Guerra e impulsionar uma análise cuidadosa das pesquisas científicas em meio aos novos contextos democráticos. Além disso, através de uma denúncia do The New York Times, o caso Tuskegee ganhou destaque e trouxe contornos de debate público à discussão da ética em pesquisa com seres humanos. Conduzido entre 1932 e 1972, o estudo sobre Sífilis tinha como objetivo conhecer o ciclo natural da evolução da doença, mas sua metodologia foi altamente questionada ao se constatar que os 600 homens negros recrutados não haviam sido informados sobre a existência de um grupo-controle que não receberia tratamento. O documento foi academicamente importante ao impulsionar a prática científica quanto ao tema, sendo a publicação de Princípios da Ética Biomédica um valioso exemplo sobre o desenvolvimento acerca dos princípios propostos no documento. (GUILHEM; DINIZ, 2012)

Assim, reconstruída tal narrativa e evidenciada a relevância do consentimento informado, observamos que seus elementos precisam ser revisitados e reafirmados sob pena de “morrerem” novamente em prol de progressos questionáveis e humanamente prejudiciais.

### 4. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BERGSTEIN, Gilberto. A informação na relação médico-paciente. São Paulo: Saraiva, 2013.  
CASCAIS, Antonio Fernando. A experimentação humana e a crise da auto-regulação da biomedicina. In: RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite; TEIXEIRA, Ana Carolina Brochado. (Org.) **Bioética e direitos da pessoa humana**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p. 27-52.

FERNÁNDEZ-ROLDÁN, Agustín del Cañizo. El experimento Tuskegee/Miss Evers' Boys (1997). Estudio de la evolución de la sífilis en pacientes negros no tratados. **Rev. Med Cine** 1, Salamanca, p. 12-16. 2005.

GOLISZEK, Andrew. **Cobaias humanas: a história secreta do sofrimento provocado em nome da ciência**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

GUILHEM, Dirce; DINIZ, Débora. **O que é bioética**. São Paulo: Brasiliense, 2012.

GUILHEM; Dirce; DINIZ, Debora. **O que é ética em pesquisa**. 2. ed. São Paulo: Brasiliense, 2014.

KOTTOW, Miguel. **História da ética em pesquisa com seres humanos**. Revista Eletrônica de Comunicação, Informação e Inovação em Saúde. Rio de Janeiro, v. 2, sup. 1, p. 07-18, 2008. Disponível em: <<https://bit.ly/2J01I3X>>. Acesso em: 10 abr. 2019.

RIBEIRO, Gustavo Pereira Leite. As pessoas com deficiência mental e o consentimento informado nas intervenções médicas. In: MENEZES, Joyceane Bezerra. (Org.). **Direito das pessoas com deficiência psíquica e intelectual nas relações privadas**. 1ed. Rio de Janeiro: Processo, 2016, p.733-761.

ROSA, Carlos Augusto de Proença. **História da Ciência: da antiguidade ao renascimento científico**. 2. ed. vol. 1. Brasília: FUNAG, 2012.

# RESPONSABILIDADE CIVIL DE VULNERÁVEIS: UM ESTUDO DO DANO MORAL COLETIVO POR EXPLORAÇÃO SEXUAL DE CRIANÇAS E ADOLESCENTES

CIVIL AND VULNERABLE RESPONSIBILITIES: A STUDY OF COLLECTIVE MORAL HARMS FOR SEXUAL EXPLOITATION OF CHILDREN AND ADOLESCENTS

Luiza Pacheco Vasconcelos<sup>1</sup>

## RESUMO:

O tráfico infantil para fins de exploração sexual configura-se como um crime que tem ganhado notória visibilidade e expansão no território nacional. O presente estudo pretende caracterizar, analisar e compreender as diversas formas de atuação e consequências no desenvolvimento da criança violentada, bem como, analisar a vulnerabilidade da criança no âmbito do direito civil. Ademais, busca verificar a efetividade e aplicabilidade das leis vigentes que contribuem com a diminuição do tráfico, através da vertente metodológica jurídico-sociológica do tipo jurídico projetivo. Esse assunto é de extrema importância, para que as pessoas possam se sensibilizar e se conscientizar sobre a existência do fenômeno, a fim de tentar extinguir ou inibir a prática do tráfico e exploração sexual infantil.

**Palavras chave:** Tráfico infantil; vulnerabilidade; direito civil; exploração sexual; criança

## ABSTRACT:

Child trafficking for purposes of sexual exploitation is a crime that has gained noticeable visibility and expansion in the national territory. The present study aims to characterize, analyze and understand the diverse forms of action and consequences in the development of the violated child, as well as to analyze the vulnerability of the child in the scope of civil law. In addition, it seeks to verify the effectiveness and applicability of existing laws that contribute to the reduction of trafficking, through the juridical-sociological methodological aspect of the legal projective type. This issue is extremely important so that people can become aware of and become aware of the existence of the phenomenon in order to try to extinguish or inhibit the practice of child sexual trafficking and exploitation.

**Keywords:** Child trafficking; vulnerability; civil law; sexual exploitation; kid.

## 1. O TRÁFICO HUMANO

O Tráfico Humano não é um fenômeno recente, no entanto tem ganhado notória visibilidade nos últimos anos, devido a sua crescente expansão. Aumento este intimamente relacionado ao fato do tráfico de pessoas ser considerado hoje um dos comércios mais lucrativos da indústria do crime, perdendo apenas para o tráfico de drogas e o contrabando de armas. No Brasil são registrados, aproximadamente 50 mil casos de desaparecimento de crianças e adolescentes por ano, sendo que cerca de 2,5 milhões de pessoas no mundo são vítimas de tráfico de seres humanos com o intuito de trabalhos forçados e exploração sexual, resultando em elevados lucros anuais. Nota-se que apesar da sociedade e das autoridades terem o conhecimento do fato, as informações disponíveis sobre a real dimensão dos casos são negligenciadas e escassas, e como consequência de tal displicência, comprova-se a dificuldade e morosidade no processo de resgate e apoio às vítimas.

De acordo com a PESTRAF (Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças e Adolescentes), existem no Brasil cerca de 241 rotas identificadas e destinadas ao tráfico de crianças e adolescentes, dentre essas rotas, 110 são destinadas ao tráfico interno. Essas rotas são utilizadas por diversas vias, a citar as vias terrestres, aéreas, hidroviárias, marítimas, todas construídas estrategicamente em pontos de fácil mobilidade. Dessa forma, devido ao alto número de possibilidades do tráfico e a obscuridade de muitas rotas clandestinas, fica difícil fiscalizar e controlar de maneira eficiente essas rotas, o que contribui sensivelmente para o aumento de casos de tráfico no Brasil.

De acordo com o Protocolo Opcional à convenção sobre Venda de Crianças, Prostituição e Pornografia Infantil, em 1999 o tráfico de crianças:

“O tráfico é um ato de violência, mas a violência propriamente dita nem sempre é empregada. Por exemplo, há casos em que a situação de vulnerabilidade da vítima do tráfico, não permite que ela faça escolhas, como a situação do imigrante ilegal e ainda casos de abuso do poder. A expressão tráfico de crianças engloba o tráfico de meninas, meninos e jovens, o aliciamento, o transporte, o abrigo, o traslado entre uma região e outra, qualquer proposta de exploração. O tráfico de crianças e de adolescentes pode ocorrer para fins de adoção ilegal, pornografia, comércio de órgãos, casamento precoce ou trabalho forçado”.

Na convenção em questão, foi elaborado o protocolo que teve como principal objetivo, definir de forma clara a exploração sexual comercial. Diante do que foi trabalhado na convenção, nota-se que diversos são as formas e finalidades do tráfico humano, tendo como atenção especial, o tráfico de crianças e adolescentes, conceituando claramente a exploração sexual comercial como qualquer ato ou transação em que uma criança é transferida por qualquer pessoa para outra mediante remuneração ou outra consideração. Assim, fica claro que a junção entre o elemento movimento e a prática da exploração é o que qualifica o tráfico, pois ele se manifesta no momento que retira a criança do seu local de moradia para um novo local, e conseqüentemente, sua exploração em algum estágio desse processo, como a exploração sexual, a adoção ilegal, a pornografia, o comércio de órgãos, o casamento precoce, o trabalho forçado, dentre outras cruéis e repugnantes práticas.

Segundo o Protocolo de Palermo, a expressão tráfico de pessoas é definida como:

<sup>1</sup> Graduanda do 5º período do curso de Direito na modalidade direito integral, na Escola Superior Dom Helder Câmara.

“O recrutamento, o transporte, a transferência, o abrigo e a guarda de pessoas, por meio de ameaça, do uso de força ou de outras formas de coação, de abdução, de fraude, de enganação ou de abuso de poder e de vulnerabilidade com pagamento ou recebimento de benefícios que facilitem o consentimento de uma pessoa que tenha controle sobre a outra, com o propósito de exploração da prostituição de terceiros ou de outras formas de exploração sexual, trabalho ou serviços forçados, escravidão ou práticas similares à escravidão, servidão ou remoção de órgãos”.

Diante dos dois protocolos expostos, comprova-se como o tráfico humano tem sido alvo de importantes e notáveis discussões, pesquisas por meio de inúmeros tratados, protocolos e conferências que abordam essa temática. Entretanto ainda não há medidas suficientes e eficazes para a proteção, prevenção e tratamentos.

Ao analisar os fatores que contribuem com a incidência do crime em questão, nota-se que diversos são os fatores que corroboram com a exploração sexual infantil no Brasil, dentre eles destacam primeiramente a globalização que contribui com o aumento das disparidades econômicas e sociais, haja vista que se caracteriza como um processo de aproximação entre as diversas sociedades e nações existentes em todo o mundo, seja no âmbito econômico, social, cultural ou político. Apresenta-se como uma representação do capitalismo, resultando em tendências impessoais, que exigem uma estrutura de dominação e exploração em relação aos distintos grupos sociais.

Como meio facilitador para o progresso do crime está à globalização. Conforme explica Andréia da Silva Costa:

“A globalização, entendida como conjunto de relações sociais, políticas e culturais que existem entre os diversos países do mundo, percebe-se que a mesma estreitou as fronteiras entre as nações, integrando-as através da comunicação rápida, do baixo custo da migração humana entre os países, do desenvolvimento global da tecnologia, transformando o cenário mundial em uma verdadeira aldeia global.”

Além disso, confirmando os expostos, o secretário-geral da ONU, Antônio Guterres em sua fala durante a Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (Cepal), em Havana, afirmou que:

“O aumento da desigualdade se tornou a face da globalização e gerou descontentamento, intolerância e instabilidade social, sobretudo entre nossos jovens”.

Damásio de Jesus, também ensina que:

“O tráfico internacional de seres humanos está inserido no contexto da globalização, com a agilização das trocas comerciais planetárias ao mesmo tempo em que se flexibiliza o controle das fronteiras. Juntamente com o movimento das mercadorias, há um incremento da migração global. São milhões de pessoas em constante movimentação, em busca de melhores oportunidades de trabalho e de vida.”

Outro fator que contribui com a exploração sexual infantil é a desintegração familiar, ocasionada pelas instabilidades, liquidez e violências nas relações dentro do ambiente familiar. A desintegração afeta toda a família, mas em especial a criança, podendo causar a elas danos quase irreversíveis, refletindo no seu comportamento e no aumento da sua vulnerabilidade, tornando-as mais propícias ao tráfico infantil.

Segundo estudos das autoras Jacob Eduardo Xerinda e Júlia Sursis Nobre Ferro Bucher-Maluschke:

“O contexto familiar e social do adolescente é caracterizado pelo déficit do funcionamento da estrutura familiar devido aos conflitos e dificuldades de comunicação intrafamiliar, principalmente entre pai e filho. Essa tensão familiar coloca o adolescente numa posição de vulnerabilidade a diversos transtornos psicológicos, como a depressão”.

Além disso, percebe-se que a baixa qualidade da educação brasileira, principalmente a destinada aos grupos menos favorecidos, contribui para a permanência das condições precárias que esses grupos dispõem. Dessa forma, em busca de melhores condições de vida e pela ausência de oportunidades de trabalho, aliadas à necessidade de ganhos financeiros para a própria sobrevivência e da família muitas vezes as crianças incentivadas por seus pais são aliciadas ao tráfico não tendo outra saída a não ser aceitar aquilo que acredita ser a melhor oportunidade em busca de uma nova perspectiva de vida.

Conforme menciona Damásio de Jesus:

“Muitas mulheres escolhem enfrentar a incerta jornada do tráfico ou da imigração para fugir de maus-tratos e de exploração sexual a que estão submetidas em suas próprias comunidades. Já as meninas são vendidas e colocadas à disposição do tráfico porque seus pais não somente querem o dinheiro, mas também acreditam que elas estarão libertas da pobreza”.

Nota-se com isso que a pobreza não é o único fator que contribui para a ocorrência do fenômeno, mas ela associada a outros fatores como instabilidade econômica, política, a desigualdade social e econômica, as negligências do Estado em atender a parcela à mercê da sociedade, os conflitos armados, a violência familiar. Todos esses fatores correlacionados propiciam ao aumento da situação de vulnerabilidade das crianças e adolescentes, tornando-os mais propícios ao tráfico e a exploração sexual.

## 2. FORMAS DE INDUZIR AS VÍTIMAS:

Os traficantes, que aliciam, agenciam e recrutam as vítimas, comumente são pessoas esclarecidas, com altos níveis de escolaridade, um vocábulo erudito, com elevado poder de persuasão, se valendo de propostas tentadoras e aparentemente concretas.

Conforme um estudo realizado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) em conjunto com o Ministério da Justiça, conceitua o seguinte perfil para os traficantes:

“Grande parte dos aliciadores é composta por empresários que atuam em diferentes negócios, como casas de shows, comércio, agências de encontro, bares, agências de turismo e salões de beleza. O bom nível de escolaridade dos réus se explica pelo fato de que eles necessitam estabelecer conexões em diferentes países e transitar fora do Brasil. Os países latinos (Espanha, Itália e Portugal) são os principais destinos das vítimas, que também são enviadas para a Suíça, Israel, França, Japão e Estados Unidos”.

Os aliciadores que muitas vezes são pessoas que convivem com a vítima ou com os membros da família, ficam à espera de oportunidades propícias para agirem.

Dessa forma, diante da ocasião perfeita, aproveitando dos laços afetivos, somados ao momento de fragilidade e vulnerabilidade da criança ou de sua família, esses criminosos, agem recrutando, aliciando ou capturando as crianças e adolescentes com propostas ilusórias para o que seria a promessa de um novo futuro, uma nova perspectiva, novas oportunidades, a partir de promessas à família dessas crianças de empregos fáceis e rápido enriquecimento, ou até mesmo agem sequestrando essas crianças, aproveitando-se da vulnerabilidade e dificuldade de defesa que essas possuem. No entanto, sabe-se que as reais intenções, motivações e destinações são outras, como já foi citado acima.

Damásio de Jesus, também ressalta que:

“Em muitos casos, o aliciamento ocorre de boca em boca, por intermédio de mulheres que foram traficadas para trabalhar em boates no exterior e retornam com a incumbência de fornecer vítimas ao negócio. Em muitos casos, os aliciadores procuram “consentimento” dos próprios familiares para o início da empreitada, sem revelar os muitos detalhes sórdidos e perigosos da oportunidade”

Buscando intimidar as vítimas ou seus familiares, conforme pesquisa da Organização Internacional do Trabalho (OIT):

“O traficante precisa manter controle sobre a vítima. O medo é uma das armas usadas para forçar sua submissão, o que é conseguido por meio de violência, tortura, estupro e intimidação. Além disso, as ameaças, que em muitos casos são apenas veladas, podem ser feitas a familiares e amigos das vítimas, que se veem obrigadas a obedecer a os traficantes para proteger as pessoas que amam. Para tornar as possibilidades de fuga ainda menores, os traficantes confiscam os documentos da vítima e procuram desestimular tais planos contando histórias de violência policial, prisão e deportação”.

### 3. VIOLAÇÃO AOS DIREITOS HUMANOS

O tráfico infantil destinado a exploração sexual infantil é uma das mais graves violações dos direitos humanos, além de ser um atentado contra a humanidade, uma vez que “coisifica” o sujeito, privando-os de seus direitos básicos e fundamentais como, a liberdade, a igualdade, o direito à vida, agredindo a honra e imagem da vítima, retirando desses, suas características humanas, transformando a criança em objeto nas mãos do outro.

Tendo como premissa a Declaração Universal dos Direitos Humanos, comprova-se como o tráfico, não só o infantil, mas o de pessoas de maneira abrangente viola os direitos garantidos na declaração. Isso pode ser corroborado ao analisar os artigos 3º, 4º, e 5º do referido documento.

“Art. 3. Todo indivíduo tem direito à vida, à liberdade e à segurança pessoal’;  
“Art. 4. Ninguém será mantido em escravidão ou em servidão; a escravidão e o trato dos escravos, sob todas as formas, são proibidos’.  
‘Art. 5. Ninguém será submetido à tortura nem a penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”.

Portanto, compreende-se que a vida, a liberdade, a segurança pessoal é intimamente afetada pelo tráfico. Ademais, no momento que a vítima é submetida à exploração sexual,

ela está sendo sujeita a condições de servidão e escravidão, haja vista que as crianças se encontram privados da sua liberdade, confinadas em espécies de cativos em relações, em que um outro sujeito assume direitos de dominação sobre o outro, por meio do uso da força. Outro fator é a constante tortura que as vítimas são submetidas, a tratamentos cruéis, desumanos, degradantes, vexatórios, depreciativos e humilhantes.

Segundo o Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas (PNETP):

“O tráfico de pessoas é causa e consequência de violações de direitos humanos, uma vez que explora a pessoa humana, degrada sua dignidade, limita sua liberdade de ir e vir”.

Os direitos humanos visam justamente proteger o vulnerável, como define Luigi Pannarale:

“Sendo os direitos humanos a lei do mais fraco contraposta à lei do mais forte – os direitos humanos nascem sobretudo com a finalidade de proteger os sujeitos mais fracos das prepotências e abusos dos mais fortes”.

Diante das explicações e dos argumentos de autoridades tratados, depreende-se que o tráfico infantil para fins de exploração sexual é uma séria e gravíssima violação aos direitos humanos, por privar o sujeito de suas garantias, proteções e desfrute de uma vida livre, feliz, em condições adequadas de estrutura física, emocionais, educacionais, familiares. Haja vista, que os direitos humanos foram criados com o fito de proteger os sujeitos vulneráveis de abusos, de situações cruéis e degradantes, garantindo que seus direitos básicos e fundamentais sejam preservados e principalmente observados.

### 4. ANÁLISE DA LEGISLAÇÃO BRASILEIRA REFERENTE AO TRÁFICO INFANTIL

Após análise da Legislação brasileira, percebe-se que o Brasil ainda não possui uma legislação que tipifique especificadamente o tema. No entanto, a legislação penal e o próprio Estatuto da Criança e do Adolescente, contemplam a exploração de pessoas e no caso em questão a infantil.

Inicialmente, será feita uma rápida explanação sobre o avanço da criminalização do tráfico de pessoas. Ao verificar o código penal promulgado na década de 40, nota-se que o tráfico de pessoas era somente em relação as mulheres no polo passivo da demanda, além de que só incidia no caso de exploração sexual, conforme a lei abaixo:

“Tráfico de Mulheres – ‘Art. 231º. Promover ou facilitar a entrada, no território nacional, de mulher que nele venha exercer a prostituição, ou a saída de mulher que vá exercê-la no estrangeiro”

Após muitos avanços e amplas discussões em diversos acordos e tratados, em 28 de março de 2005, foi editada a Lei 11.106, que em seu artigo 231, ampliou os sujeitos passivos do referido crime alterando a palavra por mulher para a palavra pessoa, possibilitando assim, uma maior abrangência e proteção aos indivíduos, com a seguinte redação:

“Tráfico Internacional de pessoas – Art. 231º. Promover, intermediar ou facilitar a entrada, no território nacional, de pessoa que venha exercer a prostituição ou a saída de pessoa para exercê-la no estrangeiro”.  
“Tráfico interno de pessoas - Art. 231-A Promover, intermediar ou facilitar, no território nacional, o recrutamento, o transporte, a transferência, o alojamento ou o acolhimento da pessoa que venha exercer a prostituição”.

Evidencia-se que ocorreram muitos outros avanços, como as causas de aumento de pena para o artigo 231, por meio da lei 12.015. Entretanto, um dos avanços mais expressivos, foi o dado pela Lei 13.344, em seu artigo 149, inserindo o tráfico de pessoas dentro dos crimes contra a liberdade individual, não tratando apenas para a exploração sexual, mas para algumas outras modalidades do tráfico.

“Tráfico de pessoas – Art. 149-Aº. Agenciar, aliciar, recrutar, transportar, transferir, comprar, alugar ou acolher pessoa, mediante grave ameaça, violência, coação, fraude ou abuso, com a finalidade de: I-Remover-lhe órgãos, tecidos ou partes do corpo; II-Submetê-la a trabalho em condições análogas à de escravo; III-Submetê-la a qualquer tipo de servidão; IV-Adoção ilegal; ou V-Exploração sexual”.

Ademais, o código penal também pune o progenitor pela entrega do filho a pessoa inidônea, uma vez que a entrega das crianças aos aliciadores muitas vezes é realizada pelos responsáveis legais. Responsabilização prevista no artigo 245 do Código Penal:

“Entrega de filho menor a pessoa inidônea - Art. 245 - Entregar filho menor de 18 (dezoito) anos a pessoa em cuja companhia saiba ou deva saber que o menor fica moral ou materialmente em perigo §2º - Incorre, também, na pena do parágrafo anterior quem, embora excluído o perigo moral ou material, auxilia a efetivação de ato destinado ao envio de menor para o exterior, com o fito de obter lucro”.

Além da legislação penal, cabe analisar o Estatuto da Criança e do adolescente (ECA), considerando que a análise principal do artigo em questão versa sobre o tráfico infantil para fins de exploração sexual. Por isso, o ECA em seus artigos 238 e 239 buscam proteger as criança e adolescentes das práticas relacionadas ao tráfico.

“ Art. 238-Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa.  
Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa”.  
“Art. 239. Promover ou auxiliar a efetivação de ato destinado ao envio de criança ou adolescente para o exterior com inobservância das formalidades legais ou com o fito de obter lucro”.

Depreende-se que quando o autor do crime promove ou facilita atos relacionados com o envio de crianças para o exterior com o intuito de lucro, incorrerá no tipo penal, da mesma forma o pai que promete ou entrega o filho a outro visando o lucro.

Diante do exposto, fica claro que apesar de não existir uma legislação específica em relação ao tráfico infantil, utiliza-se o código penal nos artigos já citados, bem como o Estatuto da criança e do adolescente como forma de punir os sujeitos ativos, além de resguardar e proteger os sujeitos passivos, a citar crianças e os adolescentes.

## 5. ANÁLISE DA RESPONSABILIZAÇÃO POR DANOS MORAIS

Neste momento, será feita uma análise sobre a necessidade da indenização por danos morais. Primeiramente é necessário definir o amparo jurídico e a consistência do dano moral.

É uma garantia fundamental prevista constitucionalmente, no artigo 5º, V e X da Constituição Federal de 1988, que assegura, “o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem”, além de taxar como invioláveis “a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação”.

Segundo o civilista Carlos Roberto Gonçalves, o dano moral é:

“É lesão de bem que integra os direitos da personalidade, como a honra, a dignidade, intimidade, a imagem, o bom nome, etc., e que acarreta ao lesado dor, sofrimento, tristeza, vexame e humilhação” (GONCALVES, 2009, p.359).

De modo semelhante dispõe Silvio de Salvo Venosa:

“Dano moral é o prejuízo que afeta o ânimo psíquico, moral e intelectual da vítima (...) o dano moral abrange também os direitos de personalidade, direito à imagem, ao nome, à privacidade, ao próprio corpo etc. Por essas premissas, não há que se identificar o dano moral com a dor física ou psíquica. Será moral o dano que ocasiona um distúrbio anormal na vida de um indivíduo; uma inconveniência de comportamento ou, como definimos, um desconforto comportamental a ser examinado em cada caso”.

Da mesma forma ensina Inocêncio Galvão Telles:

“Há a ofensa de bens de caráter imaterial - desprovidos de conteúdo econômico, insusceptíveis verdadeiramente de avaliação em dinheiro. São bens como a integridade física, a saúde, a correção estética, a liberdade, a reputação. A ofensa objetiva desses bens tem, em regra, um reflexo subjetivo na vítima, traduzido na dor ou sofrimento, de natureza física ou de natureza moral”.

Ante todos os conceitos apresentados, fica claro que o dano moral tem uma natureza não patrimonial, insuscetível de apreciação financeira, visto que é analisado conforme o caso concreto. E está intimamente relacionado com os direitos da personalidade do indivíduo, a citar alguns como a honra, a moral, a integridade física e emocional, dentre outros.

Fica claro, portanto que o tráfico infantil, principalmente o para exploração sexual lesa inúmeros direitos no âmbito da personalidade. Haja vista que desqualifica as características humanas, por atingir a dignidade da criança, sua imagem, sua formação, acarretando notoriamente diversos traumas, medos, angústias, dores e sofrimentos, no âmbito moral, como também no âmbito físico. Isso é corroborado, uma vez que tal pratica acarreta diversas feridas nas crianças, que são seres tão indefesos e que muitas vezes ainda não possuem o corpo preparado para relações sexuais, além das temíveis condições precárias que essas são submetidas, propiciando dessa forma, doenças bacterianas, virais, a diminuição da imunidade, maus tratos que causam feridas.

Conclui-se com isso, que o tráfico é sim causa de violação direta ao dano moral. Em segundo lugar, cabe analisar se é possível a indenização por danos morais na vertente de dano coletivo, que consiste não apenas em atingir a pessoa física ou jurídica, mas também a coletividade. Ao examinar o dano moral coletivo, constata-se que tal modalidade corresponde ao dano advindo de fatores de natureza transindividuais que vão além de interesses meramente individuais das vítimas, ocasionando repulsa e indignação na consciência coletiva.

Segundo Carlos Alberto Bittar Filho, o dano moral coletivo é definido por ser:

(...) uma injusta lesão da esfera moral de uma dada comunidade, ou seja, é a violação antijurídica de um determinado círculo de valores coletivos. Quando se fala em dano moral coletivo, está-se fazendo menção ao fato de que o patrimônio valorativo de uma certa comunidade (maior ou menor), idealmente considerado, foi agredido de maneira absolutamente injustificável do ponto de vista jurídico: quer isso dizer, em última instância, que se feriu a própria cultura, em seu aspecto imaterial. Tal como se dá na seara do dano moral individual, aqui também não há que se cogitar de prova da culpa, devendo-se responsabilizar o agente pelo simples fato da violação”.

Apesar de ser um tema que enseja muitas discussões, a jurisprudência majoritária do Superior Tribunal de Justiça, tem aceitado o dano moral coletivo. Segundo o entendimento firmado, a condenação em danos morais coletivos visa ressarcir, punir e inibir a injusta e inaceitável lesão aos valores primordiais de uma coletividade. Para a relatora de um caso julgado pelo STJ, a ministra Nancy Andriighi:

“o dano moral coletivo não se confunde com o somatório das lesões extrapatrimoniais singulares (...). É uma espécie autônoma de dano que “está relacionada à integridade psicofísica da coletividade, de natureza transindividual e que não se identifica com aqueles tradicionais atributos da pessoa humana (dor, sofrimento ou abalo psíquico), amparados pelos danos morais individuais”.

A vista disso, comprova-se como o crime abordado durante todo o trabalho, fere não só os interesses individuais das vítimas e de suas famílias, como também o sentimento de toda a coletividade. Considerando que, propicia enorme sofrimento a sociedade, por privar os indivíduos da paz social, por afetar a tranquilidade dos cidadãos, além de ferir diretamente os interesses e a moral da sociedade brasileira, que é pautada em valores cristãos, por sermos uma nação que apesar de laica, carrega veementemente os valores do cristianismo em suas condutas e princípios, valores como o respeito e o cuidado ao próximo, a vivência em uma sociedade pacífica e justa, dentre outros.

Diante de toda a explicação acerca do dano moral coletivo, comprova-se a urgente necessidade da responsabilização dos criminosos, não só em relação ao dano moral individual, como também em relação ao dano coletivo. Ademais, é claro que essa imputação de responsabilidade não obsta a responsabilização na esfera criminal, que é imprescindível como uma espécie de apoio e proteção aos interesses das vítimas do tráfico.

## 6. TÓPICO CONCLUSIVO:

Diante do que foi exposto, verifica-se que o tráfico infantil para fins de exploração sexual é um fenômeno complexo, multidimensional em constante expansão, haja vista que apesar de antigo se transmuta nos tempos até a atualidade. Percebe-se que, apesar do fenômeno ter ganhado notória visibilidade, amparo legislativo no ordenamento jurídico e reconhecimento da sociedade, o tráfico ainda se faz presente, violando inúmeros direitos fundamentais do ser humano. Ademais, medidas assistencialistas e protetivas devem ser tomadas pelo Estado, junto com medidas políticas e econômicas, que visem mudar ou ao menos mitigar o panorama da desigualdade social, da pobreza e principalmente das violações dos direitos humanos, que são tão atingidos pelo fenômeno.

Nota-se também que, o tráfico infantil é sim um dano moral coletivo, uma vez que tal conduta fere de maneira repugnante o patrimônio ético-moral da sociedade, ferindo diretamente os direitos previstos no nosso ordenamento jurídico, a citar, proteção, liberdade, segurança, dentre outros. Dessa forma, é certo que apesar da indenização pelo dano moral coletivo não apagar os efeitos gerados pela exploração sexual, pode ser um meio eficaz no que tange a punição dos infratores, além da responsabilidade no âmbito penal e criminal.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BRASIL. Código Civil. Lei n. 5.017, de 12 de março de 2004. Artigo 3º, parágrafo A do Protocolo de Prevenção, Repressão e Punição do Tráfico de Pessoas, especialmente Mulheres e Crianças complementar à Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5017.htm)>. Acesso em: 16 de maio 2017.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº2848, de 07 de dezembro de 1940. Artigo 231. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 18 de abril de 2019.

BRASIL. Código Penal. Decreto-Lei nº2848, de 07 de dezembro de 1940. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del2848.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del2848.htm)>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990. Artigo 238. Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

BRASIL. Estatuto da Criança e do Adolescente. Lei nº 8.069, de 13 de

julho de 1990. Artigo 239. **Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8069.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8069.htm)>. Acesso em: 17 de abril de 2019. BRASIL. Lei nº 11.106, de 28 de março de 2005. Artigo 231. **Tráfico internacional de pessoas.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2004-2006/2005/Lei/L11106.htm)>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

BRASIL. Lei nº 13.344, de 6 de outubro de 2016. **Artigo 149-A, da lei que dispõe sobre prevenção e repressão ao tráfico interno e internacional de pessoas e sobre medidas de atenção às vítimas.** Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/ato2015-2018/2016/lei/l13344.htm)>. Acesso em: 17 de abril de 2019.

BRASIL, Secretária Nacional de Justiça. **Plano Nacional de Enfrentamento ao Tráfico de Pessoas.** Brasília: SNJ, 2008. Disponível em: <[https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics\\_TIP/Publicacoes/2008\\_PlanoNacionalTP.pdf](https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/Topics_TIP/Publicacoes/2008_PlanoNacionalTP.pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Acórdão. Recurso Especial nº 1502967/RS.3º Turma.

Declaração Universal dos Direitos Humanos. Comitê de Redação da Declaração Universal dos Direitos Humanos. Palais de Chaillot, Paris. Publicado em 10 de dezembro de 1948. p. 02. Disponível em: <[http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR\\_Translations/por.pdf](http://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf)> Acesso em: 30 de outubro de 2017.

**DIREITO DO CONSUMIDOR**, Contratos de Consumo. Responsabilidade Civil, Indenização por Dano Material, Indenização por Dano Moral. Relatora Min. NANCY ANDRIGHI, Rio Grande do Sul, 17 de dezembro de 2014.

Costa, Andréia da Silva. **O Tráfico de Mulheres: O caso do Tráfico Interno de Mulheres para fins de Exploração Sexual no Estado do Ceará.** Fortaleza. Fundação Edson Queiroz - Universidade de Fortaleza – UNIFOR, 2008, p. 22.

GUSTIN, Miracy Barbosa de Sousa; DIAS, Maria Tereza Fonseca. **(Re)pensando a pesquisa jurídica: teoria e prática.** 3ª. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro.** 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. v. IV.

Jesus, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças.** São Paulo. Saraiva, 2003, p.14

Jesus, Damásio de. **Tráfico internacional de mulheres e crianças.** São Paulo. Saraiva, 2003, p.19

LIBÓRIO, Renata M. Coimbra; LEAL, Maria F. Pinto; LEAL, Maria L. Pinto. **Tráfico de Pessoas e Violência Sexual.** Disponível em: <[http://www.andi.org.br/sites/default/files/legislacao/Tr%C3%A1fico%20de%20Pessoas%20e%20Viol%C3%Aancia%20Sexual%20\(livro\\_Violes\\_UnB\).pdf](http://www.andi.org.br/sites/default/files/legislacao/Tr%C3%A1fico%20de%20Pessoas%20e%20Viol%C3%Aancia%20Sexual%20(livro_Violes_UnB).pdf)>. Acesso em: 16 de maio de 2017.

MAIA, Juliana de Souza Garcia Alves. Dano moral coletivo: breves considerações e fundamentos normativos. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIX, n. 153, out 2016. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=17986&revista\\_caderno=7](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=17986&revista_caderno=7)>. Acesso em 15 de abril de 2019.

PANNARALE, Luigi. **PREMISSAS PARA UMA SOCIOLOGIA DOS DIREITOS HUMANOS. Veredas do Direito: Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável**, Belo Horizonte, v. 5, n. 9/10, janeiro de 2011. ISSN 21798699. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/28/18>> Acesso em: 02 abril de 2019.

PESTRAF. **Pesquisa sobre Tráfico de Mulheres, Crianças para fins de Exploração Sexual Comercial no Brasil.** Leal. Maria Lúcia (Coord.) Brasília, 2001.

SANTOS, Benedito Rodriguez. **Contribuições para um balanço das campanhas de combate ao abuso e exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil.** In: LIBÓRIO, Renata Maria Coimbra; SOUSA, Sônia M. Gomes (Org.). **A exploração sexual de crianças e adolescentes no Brasil: reflexões teóricas, relatos de pesquisas e intervenções psicossociais.** São Paulo: Casa do Psicólogo; Goiânia: Universidade Católica de Goiás, 2004.

SANTOS, Pablo de Paula Saul. Dano moral: um estudo sobre seus elementos. In: **Âmbito jurídico**, Rio Grande, XV, n. 101, jun. 2012. Disponível em: <[http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=11819](http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=11819)>. Acesso em: 30 de mar 2019.

Silva de Oliveira, Adrielle Fernanda. **Tráfico Internacional de Pessoa para fim de Exploração Sexual.** 2011, p. 31. Trabalho de conclusão de curso (Monografia) – Curso de Direito, Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio De Toledo”, Presidente Prudente

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson. **Novo tratado de responsabilidade civil.** São Paulo: Atlas, 2015. xxxiv, 1276 p, p. 288

FARIAS, Cristiano Chaves de; BRAGA NETTO, Felipe Peixoto; ROSENVALD, Nelson, op. cit, p. 289.

TARTUCE, Flávio. **Direito civil: direito das obrigações e responsabilidade civil**. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Método, 2015. v. (Manuais de direito civil). ISBN 9788530959012 (v.2).

**Tráfico de pessoas para fins de exploração sexual**, Brasília: OIT, 2ª edição 2006, p.52. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/info/downloadfile.php?fileId=253>>. Acesso em 15 de agosto de 2017

WITKER, Jorge. **Como elaborar uma tesis en derecho: pautas metodológicas y técnicas para el estudiante o investigador del derecho**. Madrid: Civitas, 1985.

Xerinda JE, Bucher-Maluschke JSNF. **Estrutura Familiar de um Adolescente com Depressão atendido no Centro de Reabilitação Psicológica Infantil e Juvenil de Maputo** - Moçambique. *Adolesc Saude*. 2016;13(3):16-24

## **VULNERABILIDADES NO DIREITO CIVIL: O DIREITO DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA FÍSICA NO MERCADO DE TRABALHO**

VULNERABILITIES IN CIVIL LAW: THE RIGHT OF PERSONS WITH DISABILITIES IN THE LABOR MARKET

Izabela Araújo dos Anjos<sup>1</sup>

### **RESUMO:**

Tomando por base os direitos introduzidas e garantidos pela Lei 13.146 (Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência), também conhecida como Estatuto da Pessoa com Deficiência, o presente trabalho abordará as dificuldades enfrentadas de maneira significativa pelas pessoas portadoras de deficiência física ao entrarem no mercado de trabalho, bem como apontará os obstáculos enfrentados e sofridos por esses indivíduos para conseguirem a inclusão nesse espaço.

**Palavras-chave:** Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência; Estatuto da Pessoa com Deficiência; mercado de trabalho; inclusão social.

### **ABSTRACT:**

Based on the rights introduced and guaranteed by Law 13,146 (Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities), also known as the Disabled Persons Statute, this paper will address the difficulties faced by persons with physical disabilities labor market, and will point out the obstacles faced and suffered by these individuals to achieve inclusion in this space.

**Keywords:** Brazilian Law on the Inclusion of Persons with Disabilities; Status of Persons with Disabilities; job market; social inclusion.

### **INTRODUÇÃO**

O poeta Carlos Drummond de Andrade publica em 1940, na antologia *Sentimento do Mundo*, um belíssimo poema, que descreve um mundo sem amor, amigos ou se quer emoções. Em tempos tão cruéis, repletos de violência é assombroso e notório como a temática do texto ainda se faz presente.

Sob um primeiro olhar, a civilização desde os seus primórdios sempre manteve a presença de uma parte opressora que valorizava as ambições de riqueza e poder, a

1 Graduando no terceiro período de Direito da Escola Superior Dom Hélder Câmara.

valorização excessiva dos bens materiais, o egoísmo e a falta de solidariedade, a ignorância, o preconceito e a intolerância. Esta maneira de proceder, de construir a sociedade, passou por gerações a gerações uma consciência de classe dominadora e conseqüentemente, a marginalização de todos que não se enquadram no grupo dos que detém o poder.

Com o advento de diversas conquistas, o Direito foi criado, e veio para garantir formalmente, a existência dos direitos de forma igualitária, além de permitir que todas as pessoas possam gozar deles. Ademais, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, primeira declaração promulgada pela ONU, em 1948, também veio salientar em seu preâmbulo que todos os seres humanos nascem iguais em dignidade e direitos. Dentro disso, o Direito Civil se consolida a fim de orientar as regras e princípios que regem os diversos campos das nossas relações sociais.

Apesar de todas essas afirmações ditas e reforçadas, o que se vê na realidade é que as pessoas são tratadas como desiguais e que muitos indivíduos que falam e escrevem sobre igualdade, na prática, agem como se os seres humanos nascessem e continuassem distintos. É espantoso que muitas pessoas com deficiência no mundo ainda são tratadas similarmente ao destinado na Idade Média: abandono, extermínio, repulsa, zombaria e piedade. Assim, a sociedade trata desde o começo cada ser humano como se fosse diferente e mesmo com a Constituição Federal prevendo os direitos fundamentais para todos os indivíduos, a inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho ainda é um desafio para a sociedade brasileira e padece de efetividade em muitas instituições, que conseqüentemente se recusam a aceitar essas pessoas por carência de estrutura necessária que possa garantir a inclusão.

Felizmente, no mundo contemporâneo é praticamente impossível esconder a prática de violência grave e manter em silêncio os defensores dos direitos humanos, e é dentro desse contexto que este trabalho se justifica, uma vez que não é conivente excluir os indivíduos restringindo os seus direitos civis. Além disso, é indispensável que os seres humanos lembrem o motivo pelo qual vivem juntos, que não é apenas porque escolheram esse modo de vida, mas porque a vida em sociedade é uma necessidade de natureza humana e por isso, os deficientes devem estar inseridos em todos os espaços, inclusive no mercado de trabalho.

Sendo assim, o objetivo que se pretende alcançar neste trabalho é a análise das principais barreiras que impedem os deficientes de serem incluídos no mercado de trabalho e averiguar se os seus direitos estão sendo, de fato, legalmente protegidos. São objetivos específicos da pesquisa: analisar a importância do trabalho na vida das pessoas portadoras de deficiência. Constatar em que medida o mercado de trabalho exclui o acesso dos deficientes nas áreas fundamentais no tocante à efetivação dos direitos civis.

## 2. METODOLOGIA

No tocante ao tipo de investigação, foi escolhido, na classificação de Witker (1985) e Gustin (2010), o tipo jurídico-projetivo. Esse estudo que se propõe pertence à vertente metodológica jurídico-sociológica, tipo de investigação jurídico-projetivo e nesta pretende-se desenvolver sua construção a partir de uma abordagem fundamentalmente zetética do Direito.

## 3. DEFINIÇÃO E CLASSIFICAÇÃO DA DEFICIÊNCIA FÍSICA

De acordo com a Constituição Federal o Decreto 3.298 de 1999 da legislação brasileira, art. 3º o conceito de deficiência é “toda perda ou anormalidade de uma estrutura ou função psicológica, fisiológica ou anatômica que gere incapacidade para o desempenho de atividade, dentro do padrão considerado normal para o ser humano”. Já a definição detalhada dos portadores de deficiência física é estabelecida no art. 4º como:

Art. 4º: I - deficiência física - alteração completa ou parcial de um ou mais segmentos do corpo humano, acarretando o comprometimento da função física, apresentando-se sob a forma de paraplegia, paraparesia, monoplegia, monoparesia, tetraplegia, tetraparesia, triplegia, triparesia, hemiplegia, hemiparesia, amputação ou ausência de membro, paralisia cerebral, membros com deformidade congênita ou adquirida, exceto as deformidades estéticas e as que não produzam dificuldades para o desempenho de funções.

É importante destacar que as causas da deficiência física são diversas e podem aparecer de formas distintas, como por exemplo a distrofia muscular, a epilepsia, a paralisia cerebral e a má formação congênita. A classificação é feita através de uma análise do grau de gravidade da paralisia cerebral, a qual atinge áreas do cérebro responsáveis pelo desenvolvimento motor do indivíduo. O grau da deficiência pode ser classificado como severas ou leves, ou seja, em perda total dos movimentos ou dificuldades na fala. Para mais, Bersch e Machado afirmam que:

Ainda encontraremos alterações funcionais motoras decorrentes da lesão do Sistema Nervoso e, nesses casos, observaremos principalmente a alteração do tônus muscular (hipertonía, hipotonía, atividades tônicas reflexas, movimentos involuntários e incoordenados). As terminologias “para, mono, tetra, tri e hemi”, diz respeito à determinação da parte do corpo envolvida, significando respectivamente, “somente os membros inferiores, somente um membro, os quatro membros, três membros ou um lado do corpo”.(BERSH, MACHADO, 2007, p.22).

É preciso também diferenciar os casos em que a deficiência tem a possibilidade de evoluir ou não, existindo situações nas quais a pessoa já nasce com limitações ou em outras deficiências em que o indivíduo acarreta característica degenerativa como no caso de distrofias musculares e tumores que afetam o sistema nervoso. Já nos casos não evolutivos, o indivíduo ao longo da vida, desenvolve facilitadores para os ambientes do seu cotidiano. Nos casos, evolutivos os problemas de saúde se agravam, e as dificuldades encontradas durante o seu cotidiano, acabam sendo cada vez mais embaraçosas.

Existem também os casos em que a deficiência física aparece juntamente com outra, como as privações sensoriais (visuais ou auditivas), deficiência mental e o autismo. E por isso, é necessário que os funcionários e superiores do mercado de trabalho tenham conhecimento para entender melhor e propor a adaptação necessária.

#### **4. O ESTATUTO DA PESSOA COM DEFICIÊNCIA E OUTRAS NORMAS DE LEGISLAÇÃO**

Em 13 de dezembro de 2006, a Assembleia Geral da Organização das Nações Unidas (ONU) aprovou o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e, em 30 de março de 2007, o Brasil ratificou o documento como seu Protocolo Facultativo. Este tem como condão estabelecer em detalhes os direitos das pessoas com deficiência, abrangendo as áreas civis e política, além de normas de inclusão social. Logo, ele promove a valorização e proteção dos cidadãos acometidos por deficiências diversas (físicas e mentais). De acordo com Luciana Berlim e Paloma Francially:

ao longo dos anos, o tratamento da deficiência foi ganhando espaço na agenda internacional, se tornando cada vez mais necessário o reconhecimento de direitos às pessoas com deficiência. O preconceito sofrido por essas pessoas é histórico e uma série de termos pejorativos e atécnicos foram usados para se referir a elas até se chegar na atual expressão: pessoas com deficiência, adotada pelo Estatuto. (BERLINI, FRANCIALLY, 2017, p.127)

Para tanto, evidencia a necessidade de governo e sociedade atuarem juntos, para que os deficientes tenham plenamente os seus direitos humanos respeitados. Nesse sentido, o artigo nº 1 da Convenção Internacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência (CDPD) esclarece o seu propósito “O propósito da presente Convenção é promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente.”

De forma sucinta, em toda a referida convenção entende-se a tentativa de se proceder democraticamente para retirar a visão preconceituosa de total incapacidade dos deficientes para exercerem os seus direitos civis, promovendo-se maior igualdade e respeito pelas diferenças em todos os países signatários da CDPD.

Diante dos fundamentos da CDPD, as normas do Estatuto da Pessoa com Deficiência foram consolidadas.

Por sua vez, é importante frisar que outras normas abordam a integração da pessoa portadora de deficiência e que é essencial a proteção desses direitos através da lei. Sobre essa questão, Souza afirma que

a concepção dos Direitos do Homem, atualizando, com o princípio de autodeterminação e com o direito à resistência, a historicidade do dado axiológico, segundo o qual os direitos do homem devem ser protegidos pelo império da lei, para que não se veja compelido, como último recurso, à rebelião contra tirania e a opressão. (SOUZA, 2004, p.94)

Assim, os direitos são assegurados também pelo Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei n.8069, de 1.07.90 – que assegura ao adolescente portador de deficiência o trabalho protegido, além do incentivo à criação de oficinas abrigadas. A Lei n. 8112, de 11.17.90, art.5º, § 2º, Estatuto dos Funcionários Públicos Civis da União, que assegura aos portadores de deficiência o direito de se inscreverem em concurso público para provimento de cargos cujas atribuições sejam compatíveis com a sua deficiência.

A lei n. 10.690, de 16 de junho de 2003, que concede isenção de imposto sobre produtos industrializados aos automóveis de passageiros de fabricação nacional adquiridos por pessoas com deficiência. É citada, ainda, a Lei n. 8.899, de 29 de junho de 1994, que concede passe livre no transporte coletivo interestadual às pessoas portadoras de deficiência.

Toda essa legislação, expedida em prol do interesse e respeito da pessoa com deficiência, não deixa dúvidas de que o ordenamento jurídico nacional tem todas as especificidades teóricas do qual precisaria para colocar em prática uma política social adequada e efetiva que proteja a pessoa com deficiência.

#### **5. O ACESSO À EDUCAÇÃO COMO O PRIMEIRO PASSO PARA INTEGRAR NO MERCADO DE TRABALHO**

O texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência estabelece no seu artigo 24, o “direito à educação”. Pode-se dizer que ao permitir o acesso dos portadores de deficiência às instituições de ensino com as mesmas oportunidades dos outros indivíduos, é possibilitado que eles consigam ingressar no mercado de trabalho. Para mais, a educação inclusiva é uma ferramenta crucial, uma vez que, assegura desde a infância, o convívio entre as pessoas com deficiência e as demais. Isso é fundamental para estimular os indivíduos a lidarem com as diferenças durante o processo de formação intelectual, além de possibilitar que seja ampliada a relação que futuramente ela estabelecerá com a sociedade, uma vez que a pessoa adulta será em grande parte, o resultado da educação recebida.

Dessa forma, a escolaridade é o primeiro passo para garantir uma qualificação profissional, uma vez que a aprimoramento de habilidades ganha muito mais sentido quando a criança está imersa em um espaço compartilhado e que permita o convívio e a participação em conjunto. Portanto, a inclusão escolar é de fato a oportunidade que a criança com deficiência física têm de realizar atividades que não sejam meramente condicionadas e sem sentido.

Na educação do deficiente físico podem ocorrer diversas dificuldades na realização de muitas tarefas rotineiras na escola e por isso o aluno dependerá de ajuda e cuidados de outra pessoa. Não participando ativamente das atividades escolares, ele fica excluído e em desvantagem, pois não tem oportunidade de se desafiar e criar como seus outros colegas

de sala. Frequentemente, é observado alunos que assistem seus colegas e não podem ser atores do seu processo de descoberta e aquisição de conhecimento.

Além do mais, a formação de muitos deficientes se restringe ao ensino fundamental, por vários obstáculos como por exemplo a falta de acessibilidade. Isto, futuramente será um dos principais motivos enfrentados pelos deficientes para conseguir uma vaga de emprego, a qual está diretamente relacionada com a remuneração salarial em que muitos dos deficientes buscam uma quantia maior do que os benefícios determinados pelo Governo.

No Brasil, há três formas básicas de inserção da pessoa com deficiência no mercado de trabalho, todas são reguladas pelo art.35, do Decreto nº 3.298/99. Sendo elas na esfera privada: a inserção competitiva, a inserção seletiva e o trabalho por conta própria. A inserção competitiva é um procedimento de contratação regular, que depende da adoção de condições e apoios especiais, o trabalho por conta própria é um procedimento que se dá mediante trabalho autônomo, cooperativado ou em regime de economia familiar.

Observa-se que, mesmo com as formas para ingressar no mercado de trabalho, altamente competitivo, existem meios que impossibilitam que tal fato ocorra, pois muitas empresas privadas procuram ganhos em produtividade e estão pouco adaptadas às características distintas para incluir os deficientes físicos.

No Brasil, infelizmente as empresas ainda possibilitam condições de trabalho insalubres ou perigosas e os empresários mais preocupados com o lucro do que com as injustiças, preferem pagar um acréscimo salarial a melhoras as condições de trabalho. Assim, os indivíduos deficientes não conseguem autonomia e independência para praticarem as funções destinadas a eles em um espaço que seja pelo menos adaptado.

Atualmente, o país tem realizado diversas tentativas para melhorar a formação e favorecer a educação inclusiva que combata a convicção de que as injustiças são inevitáveis e de que é inútil lutar contra elas. Contudo, as pessoas com deficiência e seus familiares ainda sofrem com inúmeros desafios para alcançar uma educação de qualidade. Segundo o professor titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo Dalmo de Abreu Dallari:

É responsabilidade dos governantes construir e manter escolas bem equipadas, em número suficiente para atendimento de toda a população. Além disso, é fundamental o cuidado com os professores, dos quais se deve exigir preparo e dedicação, mas a quem deve ser assegurada remuneração compatível com as responsabilidades e dificuldades de suas tarefas. (DALLARI, 2006, p.71)

Dessa maneira, existem poucos educadores e profissionais de outras áreas que são capazes de lidar com as particularidades dos deficientes, o que prejudica a formação e a inclusão. Sendo assim, é essencial a consolidação de profissionais capazes de lidar com as limitações das pessoas com deficiência para que elas possam ser reconhecidas e valorizadas.

## **6. A IMPORTÂNCIA DO INCENTIVO GOVERNAMENTAL PARA A INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO**

Todo ser humano tem o direito de ser tratado como pessoa e não sofrer violência de qualquer espécie, ou seja ser humilhado ou tratado com discriminação. Reconhecer e tratar os deficientes com dignidade dentro do mercado de trabalho é colocar em prática essa garantia. Porém, umas das justificativas mais utilizadas pelos empresários para não contratar esses indivíduos é a falta de qualificação profissional.

E para isso, é fundamental que os incentivos para a inclusão dos deficientes sejam prioridade de todos os governos, pois através deles as pessoas se aperfeiçoam e obtêm elementos para serem mais úteis à coletividade. No Brasil, algumas iniciativas por parte do Governo foram tomadas, como por exemplo os cursos profissionalizantes: Serviço Nacional de Aprendizagem Industrial (SENAI), Serviço Nacional de Aprendizagem Comercial (SENAC), Serviço Nacional de Aprendizagem Rural (SENAR), Serviço Nacional de Aprendizagem do Transporte (SENAT) e Serviço Nacional de Cooperativismo (SESCOOP). Existe também o Plano Nacional dos Direitos da Pessoa com Deficiência – Viver sem Limites, que oferece cursos de formação profissional técnica de nível médio e tecnológico os quais não tem limite de vagas voltadas para os deficientes, ou seja, todos eles que tiverem interesse em fazer os cursos oferecidos terão a oportunidade e acessibilidade necessária.

Nesse contexto, é importante ressaltar o incentivo que existe desde 1991, conhecida como lei de cotas (Lei nº8.213/91). Segundo o seu art. 93 a empresa que obter 100 ou mais empregados está obrigada a reservar de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos para beneficiários reabilitados ou pessoas com deficiência. Além do mais, as proporções vão variar com base no número de empregados: se for de 100 a 200, a reserva legal é de 2% de 201 a 500 empregador, de 3%, de 501 a 1000, de 4% e acima de 1.001 será de 5%.

No entanto, o deficiente vem sendo admitido desde que, além de ter qualificação profissional, consiga utilizar espaços físicos e os equipamentos sem nenhuma modificação. Em várias empresas, mesmo com seus esforços, elas têm encontrado barreiras para desenvolver projetos bem estruturados, que cumpram as exigências da Lei de Cotas, como por exemplo a recessão econômica, a falta de conhecimento dos empresários em relação ao potencial de trabalho da pessoa portadora de deficiência e as expectativas da família que influenciam de maneira significativa.

## **7. A IMPORTÂNCIA DO INCENTIVO FAMILIAR PARA A INCLUSÃO NO MERCADO DE TRABALHO**

Outro papel extremamente relevante é o que cabe à família, que tende a ajudar na formação de caráter e comportamento, ou seja, se o deficiente se faz presente em um

ambiente em que sua deficiência é aceita e respeitada, ele possui um incentivo a mais para se impulsionar nas atividades do convívio em sociedade. Não é difícil enxergar seu potencial e ser reconhecido quando se é aceito por familiares, conhecidos e até mesmo vizinhos, uma vez que os próprios deficientes se omitem, vivendo no casulo criado por eles, mas quando são amados e estimados eles geram a maior sensação de controle sobre suas próprias vidas.

Já a questão principal, recai diretamente sobre a unidade da família, a qual pode ser criadora ou destruidora no desenvolvimento intelectual da pessoa com deficiência, se for pensado em uma família com um grau de instrução intelectual maior provavelmente irá motivar o indivíduo a buscar se inserir e vencer as barreiras a fim de se qualificar mais em busca de uma melhor posição em todos os setores sociais. Segundo Rita Bersch e Rosângela Machado:

A criança com deficiência física não pode estar em um mundo à parte para desenvolver habilidades motoras. É preciso que ela receba os benefícios tecnológicos e de reabilitação em constante interação com o ambiente ao qual ela pertence. É muito mais significativo à criança desenvolver habilidades de fala se ela tem com quem se comunicar. Da mesma forma, é mais significativo desenvolver habilidade de andar se para ela está garantido o seu direito de ir e vir. (BERSH, MACHADO, 2007, p.17)

Nesse sentido, pessoas que na infância já são incentivadas pela família a exercerem o seu direito de ir e vir, conseguem desenvolver suas habilidades motoras e para futuramente estarem mais preparadas para a vida social.

Em contrapartida, uma situação oposta por parte dos familiares provavelmente a pessoa com deficiência se sentiria totalmente desmotivada e sem apoio em buscar um maior crescimento para vencer as dificuldades do cotidiano. Nesses casos, cabe ao Estado resguardar os direitos desse ser, como todas as limitações e mudanças que este fato implica para que ele possa ter o seu direito de cidadania resguardado. E mesmo no caso de deficiência grave, não cabe aos pais ou responsáveis a violação da integridade física emocional e psicológica.

## **8. OS OBSTÁCULOS DA ACESSIBILIDADE PARA INGRESSAR NO MERCADO DE TRABALHO**

A Convenção das Pessoas com Deficiência afirma que:

Os Estados Partes tomarão as medidas apropriadas para assegurar à pessoa com deficiência o acesso, em igualdade de oportunidades com as demais pessoas, ao meio físico, ao transporte, à informação e comunicação, inclusive aos sistemas e tecnologias da informação e comunicação, bem como a outros serviços e instalações abertos ao público ou de uso público, tanto na zona urbana como na rural. Essas medidas, que incluirão a identificação e a eliminação de obstáculos e barreiras à acessibilidade.

No entanto, as empresas não estão se adaptando aos deficientes, como eles precisam se adaptar à elas, uma vez que são muitas as dificuldades enfrentadas pelos deficientes,

desde conseguir uma vaga no mercado de trabalho, até se manter na função, diante de tanta pressão por parte dos seus superiores. Outro obstáculo é o fato de que as empresas dão prioridade para admitirem só pessoas com as chamadas deficiências leves, para evitar gastos com melhorias na acessibilidade. Outrossim, deficiência é independente do grau, deficiência e deve ser respeitada e não menosprezada.

Segundo o Ministério do Trabalho e Emprego o número de pessoa com deficiência que estão empregadas cresceu no ano de 2017 consideravelmente. E os dados da Relação Anual de Informações Sociais (Rais) do Ministério do Trabalho revelam que a quantidade de deficientes com vínculos empregatícios chegou a 441,3 mil, o que corresponde a 1% do estoque total de empregos no país. Todavia, os dados da Rais 2017, mostram que o maior aumento de vagas formais preenchidas por trabalhadores com deficiência visual, com crescimento de 16,3% em relação a 2016, mas nos casos de deficiência física, o número de vagas preenchidas é o que apresenta menor crescimento. Logo, os números referidos demonstram que ainda existe uma grande dificuldade para a contratação dos deficientes físicos mesmo diante das leis que resguardam esse direito.

## **9. RESULTADO**

Conclui-se que, a maneira desempenhada pelo Estado para incluir as pessoas portadoras de deficiência física no mercado de trabalho ainda necessita de investimentos e mudanças. Por isso, é necessário que o Estado busque efetivar mais medidas favoráveis a inserção desses indivíduos, como por exemplo, aumentar as adaptações para que os deficientes físicos tenham uma educação de qualidade, isto é, pensar na acessibilidade do espaço escolar e todos na sociedade. Além disso, o Estado deve implementar políticas públicas para auxiliar este processo e aumentar a inclusão dos deficientes no mercado de trabalho.

## **10. CONCLUSÃO**

Por meio da pesquisa realizada, conclui-se que a elaboração de leis não é suficiente para os deficientes serem incluídos nos diversos cenários sociais, os quais excluem os deficientes por estereótipos e discriminações. Por conseguinte, impossibilitam que eles tenham uma vida mais digna e de acordo com o padrão social.

No mercado de trabalho, o estereotipo de que as limitações físicas, sensoriais ou mentais são incapacidades para as atividades de ofício, só reforça mais uma das fontes de insciente presente na sociedade, uma vez que o portador de deficiência física é capaz de mostrar sua eficiência e aptidão para exercer as atividades laborais propostas para ele. Portanto, a presença de diversas leis brasileiras que asseguram os direitos dos deficientes, são em conjunto um grande passo na igualdade e valorização da pessoa humana.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANDRADE, C. D. **Os ombros suportam o mundo**, In Sentimento do mundo. São Paulo, Companhia das Letras, 1940.

BERLINI, Luciana; AMARAL, Paloma Francielli. **Os impactos do estatuto da pessoa com deficiência no direito protetivo pátrio e sua antinomia com o novo código de processo civil**. Disponível em: <<http://revistathemis.tjce.jus.br/index.php/THEMIS/article/view/572>>. Acesso em: 17 abr. de 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.213**, de 24 de julho de 1991. Dispõe sobre os Planos de Benefícios da Previdência Social e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/L8213cons.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8213cons.htm)> Acesso em: 31. mar. 2019

BRASIL. **Decreto nº 3.298**, de 20 de dezembro de 1999. Regulamenta a Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989, dispõe sobre a Política Nacional para a Integração da Pessoa Portadora de Deficiência, consolida as normas de proteção, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3298.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3298.htm)> Acesso em: 01. abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 10.690**, de 16 de junho de 2003. Reabre o prazo para que os Municípios que refinanciaram suas dívidas junto à União possam contratar empréstimos ou financiamentos, dá nova redação à Lei no 8.989, de 24 de fevereiro de 1995, e dá outras providências. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/2003/L10.690.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/2003/L10.690.htm)> Acesso em: 01.abr. 2019.

BRASIL. **Lei nº 8.899**, de 29 de junho de 1994. Concede passe livre às pessoas portadoras de deficiência no sistema de transporte coletivo interestadual. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/L8899.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L8899.htm)> Acesso em: 01. abr. 2019

BRASIL. **Lei nº 8.112**, de 11 de dezembro de 1990. Dispõe sobre o regime jurídico dos servidores públicos civis da União, das autarquias e das fundações públicas federais. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8112compilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8112compilado.htm)> Acesso em 01.abr. 2019

BRASIL. **Lei nº 13.146**, de 6 de julho de 2015. Institui a Lei Brasileira de Inclusão da Pessoa com Deficiência (Estatuto da Pessoa com Deficiência). Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13146.htm)>. Acesso em: 16. abr. 2019

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: 05 de outubro de 1988.

BRASIL. MINISTÉRIO DO TRABALHO E EMPREGO (MTE). **Cresce número de empregos formais para pessoas com deficiência**. Disponível em: <<http://trabalho.gov.br/noticias/6607-cresce-numero-de-empregos-formais-para-pessoas-com-deficiencia>>. Acesso em: 16. abr. de 2019.

Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência. Disponível em:<<http://www.pessoacomdeficiencia.gov.br/app/sites/default/files/publicacoes/convencaopessoas-comdeficiencia.pdf>>. Acesso em: 17 abr. de 2019. Página 26.

DALLARI, Dalmo de Abreu. **Direitos humanos e cidadania**. 2º ed. (1ª edição: 1908). São Paulo: Moderna, 2006.

FREIRE, Paulo (2015). **Pedagogia do oprimido**. 22ª ed. (1ª edição: 1997). Rio de Janeiro: Paz e Terra.

LARA, M. A.; MORAIS, L.C.; PEREIRA, F. Q. **A teoria das incapacidades e o estatuto da pessoa com deficiência**. Belo Horizonte: D'Plácido, 2017.

SCHIRMER, C. R. et al. **Atendimento educacional especializado: deficiência física**. São Paulo: MEC/SEESP, 2007.

SOUZA, José Geraldo. Trabalho e cidadania: Dignidade humana e projeto de vida. **Veredas do Direito**, Belo Horizonte, v. 1, n. 3, p. 93-102, jul./dez. 2004. Disponível em: <<http://www.domhelder.edu.br/revista/index.php/veredas/article/view/134>>. Acesso em: 02 abr. 2019.

