

David Oliveira
Artur Stamford da Silva
Paulo Carvalho
Carolina Leal Pires
(Org.)

A Sociologia do Direito entre discurso e ação

volume 2

ABraSD

Porto Alegre
2016

A SOCIOLOGIA DO DIREITO ENTRE DISCURSO E AÇÃO (VOLUME 2)

ISBN 978-85-93499-02-9

Organização

David Barbosa de Oliveira (UFC)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7)

Carolina Leal de Lacerda Pires (IBGM/IBS)

Comissão Editorial e Científica

Ana Stela Câmara (Unichristus)

Ana Virgínia (UNIFOR)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

André Carneiro (DPU-PE)

Antônio Brasil (UFF)

Carla Susana Abrantes (UNILAB-CE)

Carlos Fialho (UFF)

Cristiane A. de Souza (UNIFOR)

David Oliveira (UFC)

Delton Meireles (UFF)

Felipe Albuquerque (UFC)

Fernanda F. Rosenblatt (UNICAP)

Fernando Rister (UNITOLEDO)

Germana Parente Belchior (FA7)

Germano Schuartz (UNILASALLE)

Gilvan Luiz Hansen (UFF)

Guilherme de Azevedo (UNISINOS)

Gustavo César Machado Cabral (UFC)

Gustavo Ferreira (UFPE/UNICAP)

Humberto Cunha (UNIFOR)

Cláudio Silva (RENAP-CE)

Igor Suzano Machado (UFV)

Izabel Magalhães (UFC/UNB)

João Paulo A. Teixeira (UFPE/UNICAP-PE)

José Callegari (UFF)

José Roberto Xavier (UFRJ)

José Rodrigo Rodrigues (UNISINOS)

Juliana Diniz (UFC)

Juliana Teixeira Esteves (UFPE)

Leonardo Sá (UFC)

Marcelo Pereira Mello (UFF)

Marília Montenegro (UFPE/UNICAP)

Mario Maia (UFERSA)

Martonio Mont'alverne B. Lima (UNIFOR)

Mercia C. de Souza (ESMEC/TJCE)

Olga Jubert Krell (UFAL)

Paulo Rogério M. de Carvalho (FA7)

Raul Francico Magalhães (UFJF-MG)

Riccardo Cappi (UEFS - Bahia)

Tereza Rachel (UFC-CE)

Virgínia Leal (UFPE)

Revisão e normatização: Os autores

Capa e Diagramação: Carolina Leal Pires

Apoio:

CNPq • FUNCAP • UFC • ABraSD • Editora Vozes

Sumário

APRESENTAÇÃO	07
JUSTIÇA, DECOLONIALIDADES E AMÉRICA LATINA	
A SOCIOLOGIA DAS AUSÊNCIAS E O PENSAMENTO DE LOIC WACQUANT NO CONTEXTO DA CIDADE DE DEUS APÓS A INSTALAÇÃO DA UPP: a atuação do Comitê comunitário Cidade de Deus como instrumento de emancipação social	09
Arethusa Sidelly Medeiros dos Santos	
GÊNERO E FEMINISMO: reflexões genealógicas da prática de estupro a partir da teoria queer	24
Efigênia Carine Martins Pereira e Gil Ricardo Caldeira Hermenegildo	
FORMALIZAÇÃO E ECONOMIA POPULAR SOLIDÁRIA: o modelo de pessoa jurídica como sintoma da colonialidade do poder	38
Flávia Almeida Pita	
DESAFIOS DA DESCOLONIALIDADE? Separação dos poderes e proteção ao núcleo essencial da proteção indígena na PEC 215/00	53
Flavia Danielle S. Lima, Guilherme L. de Carvalho e Thays Regina O. Barbosa de Melo	
O INDÍGENA ORIGINÁRIO CAMPESINO E O ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA	65
Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira Filho	
REDES FEMINISTAS REGIONAIS: a construção decolonial dos Direitos Humanos das mulheres latino-americanas	78
Mariana Torreão Brito Arcoverde	
POR UMA EPISTEMOLOGIA CRÍTICA, PLURIVERSAL E DESCOLONIZADA EM DIREITOS HUMANOS	90
Paulo Renato Vitória	
COMUNIDADES QUILOMBOLAS SOB A PERSPECTIVA DA CIDADANIA MULTICULTURAL DE WILL KYMLICKA: possibilidade de inclusão?	106
Waldicleide de França Santos Gonçalves	
MEDIAÇÕES, JUSTIÇA RESTAURATIVA E DIFERENTES FORMAS DE ADMINISTRAÇÃO DE CONFLITOS	
ASPECTOS RESTAURATIVOS NO MÉTODO APAC	123
Aline Ferreira Gomes de Almeida e Rafaella Rodrigues Malta	
MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA	134
Arkeley Xênia Souza da Silva e Lore Fortes	
OS DIFERENTES PAPÉIS DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO: uma perspectiva comparada entre o Rio de Janeiro e Buenos Aires	145
Bárbara Gomes Lupetti Baptista, Klever Paulo Leal Filpo e Thais Borzino Cordeiro Nunes	
O PORVIR MEDIÁTICO E A RELEVÂNCIA DA ADVOCACIA PARA O SEU TRIUNFO	163
Caio Medeiros Marins, Raquel Ribeiro de Rezende e Renata de Britto Barboza Camargo	
MEDIAÇÃO INSTITUCIONAL DE CONFLITOS: uma análise introdutória do tratamento do conflito no Judiciário e a mediação no Novo CPC	175
Camila Pereira de Castro Siqueira e Igor Peçanha Frota Vasconcellos	
MEDIAÇÃO DE CONFLITOS: a experiência do projeto de extensão do Curso de Direito da Unijuí/RS	185
Fernanda Serrer e Francieli Formentini	
A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS	199
Gárdia Rodrigues Silva	

ACESSO À JUSTIÇA E MARC'S: estudos sociojurídicos nas Varas de Família do Município de Maceió/AL	212
Gustavo Borges Pereira Granja e Mylla Gabriely Araújo Bispo	
INSTRUMENTALIZAÇÃO DO SOFRIMENTO: alternativas e reinserção das vítimas no processo penal brasileiro	223
Júlio Emílio Cavalcanti Paschoal	
A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: uma análise crítica à luz da cultura jurídica brasileira	236
Mariana de Lemos Campos	
O ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO: um modelo a partir do uso da linguagem e da interação social	251
Raquel Ribeiro de Rezende	
A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO FERRAMENTA DO TRABALHO SOLIDÁRIO E AUTOGESTIONÁRIO	261
Vera Leticia de Oliveira Silva	

NOVAS CONFIGURAÇÕES DO TRABALHO, SINDICATO, RELAÇÕES DE TRABALHO E DIREITOS TRABALHISTAS

O ATIVISMO SOCIAL PELA CONQUISTA DE DIREITOS PARA AS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS	274
Camila Freire Monteiro de Araújo e Marcela Martins Borba	
O IMPACTO DA AGENDA LEGISLATIVA ESTADUAL NA INCLUSÃO DA SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO NO CURRÍCULO OFICIAL DE ENSINO	292
Dalton Tria Cusciano, Mauro Maia Laruccia e Sérgio Antonio dos Santos	
O PROJETO DE LEI 4330 E O DIREITO FUNDAMENTAL À PREVIDÊNCIA: uma análise crítica	309
Dalton Emmanuel Leal Rodrigues e Vanessa Rocha Ferreira	
A REGULAÇÃO DO TRABALHO NA ECONOMIA COMPARTILHADA: notas iniciais sobre os efeitos laborais do Caso Uber	323
Laís Parente Alencar, Thais Batista Midaur e Paulo Rogério Marques de Carvalho	
DIMENSÃO LABORAL DO DUMPING SOCIAL: desafios ao direito sob a perspectiva de Niklas Luhmann	342
Lincoln Simões Fontenele e Paulo Rogério Marques de Carvalho	
REDEMOCRATIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DA INSPEÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL: alguns aportes sobre eficiência e fragilidades	358
Luiz Felipe Monsore de Assumpção	
O CONCEITO TRABALHO DECENTE E A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS: a perspectiva dos direitos fundamentais	381
Márcia Regina Castro Barroso	
O ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO: um modelo a partir do uso da linguagem e da interação social	396
Paulo Rogério de Carvalho, Ana Maria Bezerra, Maria Tereza Câmara e Vívian Guilherme	
O DIREITO À IMAGEM DO EMPREGADO: violação pelo empregador e possibilidade de reparação	411
Priscilla Maria Santana Macedo	
O DANO EXISTENCIAL NAS RELAÇÕES DE TRABALHO E A EFICÁCIA HORIZONTAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NAS RELAÇÕES PRIVADAS	429
Vanessa Rocha Ferreira	

A ABraSD segue fazendo sua história. Nos dias 18, 19 e 20 de maio de 2016, em Fortaleza-CE, a Associação foi recepcionada pela Universidade Federal do Ceará, quando nas dependências da Faculdade de Direito realizou o VII Congresso da ABraSD, sob o tema “A sociologia do direito entre discurso e ação”, com a coordenação de Artur Stamford da Silva (UFPE), David Barbosa de Oliveira (UFC), Paulo Rogério Marques de Carvalho (FA7) e Carolina Leal Pires (IBGM/IBS).

Os 14 Grupos de Pesquisa, quatro minicursos e dez Pesquisas em Debate propiciaram 536 propostas de trabalhos, das quais 203 foram aprovadas pelo Comitê Científico - com avaliação às cegas pelos pares de Coordenadores dos Grupos de Pesquisa - e apresentadas oralmente ao longo do evento.

A ABraSD agradece em especial a David Oliveira (UFC) e Paulo Carvalho (FA7) pela dedicação, esforços e seriedade com que conduziram os trabalhos ao longo dos meses de preparação e organização do Congresso, bem como nos dias de realização do evento e após. O Congresso só foi possível, também, devido aos monitores e monitoras que, sem qualquer remuneração, se dedicaram à ABraSD organizando o evento. À Diretoria e Coordenação da Graduação e Pós-graduação em Direito da UFC agradecemos o acolhimento e a presteza como fomos recebidos e tratados. Os Coordenadores dos Grupos de Trabalho, igualmente peças fundamentais, promoveram a avaliação dos trabalhos, bem como a realização dos GrP´s ao longo do evento, dedicando tempo e muito trabalho. Agradecemos também àqueles que viabilizaram as sessões das Pesquisas em Debate, espaços de conversas sobre temas relevantes da sociologia do direito, bem como aos professores que promoveram os minicursos. Não mais nem menos importante que todos os acima referidos, agradecemos aos funcionários da UFC que promoveram a limpeza dos espaços e o funcionamento dos equipamentos de cada espaço utilizado.

Composto pelas pesquisas apresentadas e que incorporaram as observações e debates realizados ao longo do Congresso, os trabalhos que compõem este livro eletrônico levam à sociedade parte dos debates e conversas realizadas ao longo do evento, fazendo registro do lugar da ABraSD na pesquisa nacional sob a ótica sociológica do direito.

Fortaleza/Recife, 28 de novembro de 2016

David Oliveira (UFC)

Artur Stamford da Silva (UFPE)

Paulo Carvalho (FA7)

Carolina Leal Pires (IBGM/IBS)

1 Introdução

O trabalho propõe um debate sobre UPP – unidade de polícia pacificadora utilizando como parâmetro de análise o pensamento de Boaventura com a Sociologia das Ausências (SANTOS, 2013) e o conceito de gueto utilizado por Wacquant nas obras *Os condenados da Cidade* e *As duas faces do Gueto* (WACQUANT, 2001, 2008). Objetiva-se estabelecer um diálogo entre o pensamento de Boaventura e Wacquant no contexto da instalação das UPP's na Cidade do Rio de Janeiro, especificamente na favela Cidade de Deus - comunidade escolhida por ter recebido em sua formação cidadãos de diferentes favelas submetidas à política de remoção da década de 60 (BRUM, 2013). A sociologia das ausências é colocada como uma das alternativas para buscar práticas de globalização contra-hegemônica, reconhecendo e valorando as diferentes culturas e práticas sociais, de forma a expandir o presente. Por outro lado, a demarcação de territórios vivenciada pela cidade do Rio de Janeiro faz refletir sobre o caráter segregatório das UPP's. Propõe-se analisar o reflexo da instalação da UPP na Cidade de Deus em relação ao reconhecimento e visibilidade das diversas práticas culturais da comunidade, bem como analisar se há um crescente processo de guetificação, tendo como critério avaliador as experiências estudadas por Wacquant. A metodologia empregada consistirá em apreciar o estado da arte dos trabalhos de cunho etnográfico já desenvolvidos na citada comunidade, bem como bibliografia relacionada aos autores que dão a fundamentação teórica da pesquisa. Este artigo é parte de uma pesquisa que terá seu trabalho de campo iniciado no segundo semestre de 2016 no mestrado de Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense cujo projeto tem o título “A sociologia das ausências e o medo na cidade do Rio de Janeiro, sendo esta etapa importante para compreender como se dá a relação entre a instalação da UPP e a visibilidade das práticas culturais da comunidade atingida, se ocorre um reforço da linha demarcatória e portanto segregatória entre o terreno da favela e o restante da cidade.

2 Favela Espaço problema: origem histórica

Inicialmente, cumpre tecer um retrospecto da origem histórica das favelas cariocas, de forma a compreender como tem se mantido a relação entre o poder público e os habitantes destas localidades. Analisar esta relação se reveste de grande relevância para entender a formação de Cidade de Deus e a sua expansão.

Historicamente, considera-se que o embrião do que hoje se denomina favela foram exatamente os cortiços, inseridos no contexto do período posterior à abolição da escravatura em fins do século XIX. Vários fatores contribuíram para o crescimento exponencial da população do Rio de Janeiro, dentre estes, a imigração europeia, as libertações dos escravos e o conseqüente aumento de indivíduos sobrevivendo de “ganho” ou “aluguel” (GONÇALVES, 2013).

Os cortiços eram considerados o local por excelência da pobreza, funcionando como moradia tanto para trabalhadores quanto para vagabundos e malandros, componentes da denominada “classe perigosa”. Estas localidades eram percebidas como espaço propagador de doença, objeto de denúncias por meio do discurso médico e higienista (VALLADARES, 2005).

As pesquisas apontam que entre 1872 e 1890, a população cresceu quase 90%, ao passo que o número de habitações cresceu apenas 62% neste mesmo período, fazendo com que houvesse uma ocupação dos prédios antigos mais precários do centro do Rio, originando os diversos cortiços que se instalariam nessa área da cidade (RIBEIRO, 1997).

Dadas as condições, os cortiços eram considerados o principal foco de infecções sanitárias, o que fazia com que o aparato público olhasse para essa população como aglomeração de cidadãos de hierarquia inferior, responsáveis pela contaminação moral da cidade.

Promove-se então uma política de erradicação dos cortiços – iniciada no Império e intensificada após a Proclamação da República – por meio da qual se propaga um discurso de higienização, impondo às camadas populares a imagem de grupos socialmente perigosos. (GONÇALVES, 2013).

Utilizava-se assim de medidas aparentemente de saúde pública como forma de remoção das camadas populares das regiões centrais da cidade. Passou-se também a incentivar, por meio de redução de impostos, a construção de habitações para os operários. Normas sanitárias passaram a restringir a reforma e construção de habitações coletivas na região central da cidade, o que acabou por erradicar a figura do cortiço, deslocando seus moradores para áreas afastadas da cidade, sem que fosse arquitetada qualquer forma de absorção destas pessoas no tecido social existente. Neste contexto, ficou marcada a demolição do célebre cortiço “ Cabeça de Porco” (GONÇALVES, 2013).

A expulsão desta população favorece a instalação em habitações precárias na periferia da cidade. A legislação urbanística atuou exatamente neste sentido, como exemplifica o Decreto nº 762, de 1º de junho de 1900 que determina em seu artigo 33 que “ os barracões toscos não serão permitidos, seja qual for o pretexto de que se lance mão para obtenção da licença, salvo nos morros que ainda não tiverem habitações.” (GONÇALVES, 2013) As vedações e permissões legais claramente justificam a expulsão dos moradores de habitações precárias localizadas na região central da cidade, incentivando-os a se instalarem em morros adjacentes e desocupados, o que levará à formação do que se convencionou chamar favela.

Não tardou para que essa relativa permissividade estatal em relação à ocupação de locais ainda não habitados se transmudasse em repressão. Diante da inércia do poder público em promover uma política pública de habitação popular, as favelas acabaram ocupando o espaço antes destinado aos cortiços como maior problema urbano da cidade. (GONÇALVES, 2013)

Percebe-se assim uma reedição do discurso anteriormente aplicado aos cortiços, como foco da marginalidade urbana, justificando um olhar estatal para o morador da favela como classe perigosa, representação de uma patologia urbana.

3 Cidade de Deus: origem e expansão

O conjunto habitacional Cidade de Deus, situado na região oeste da cidade do Rio de Janeiro, começou a ser construído e ocupado durante os anos 1960 inserido no processo de remoção sumária a que foram submetidos os residentes em favelas.

Havia, em sua formação inicial, habitantes vindos de diversas favelas localizadas em diferentes pontos da cidade. Em sua maioria, vinham das seguintes favelas: Parque Gávea (15,2%), Ilha das Dragas (14,5%), Parque Leblon (7,3%), Catacumba (7%), Rocinha (6,3%) e Praia do Pinto (19,2%), todas localizadas na Zona Sul. (VALLADARES, 1978)

À época, 1960, divulgou-se a promessa de construção de habitações populares, disponibilização de serviços essenciais, dissuadindo a perspectiva de que aqueles cidadãos deixariam de ser favelados e passariam a ser proprietários de suas casas, morando com dignidade, o que não ocorreu. (BRUM, 2013)

Inicialmente, fez-se uma cortina de fumaça alardeando a falácia de que seriam construídas habitações populares custeadas pelo Estado, custo que depois foi transferido para os próprios moradores. Falava-se ainda que seriam disponibilizados todos os serviços públicos essenciais, o que de fato não ocorreu (ZALUAR, 2004)

A justificativa para as citadas remoções era sobretudo econômica, inseria-se num contexto de remodelação urbana e reorganização do espaço urbano, estabelecendo diferentes finalidades para diferentes áreas da cidade, numa lógica de segregação espacial. As autoridades entendiam então que os favelados na zona sul da cidade em nada contribuía, apenas manchavam a beleza do lugar, ao passo que na zona norte e oeste eles seriam de grande utilidade como mão de obra nas zonas industriais, fazendo-se necessário residir próximo aos prováveis locais de trabalho. Dentro desta lógica, os terrenos desocupados pelas favelas e valorizados inseridos na zona sul da cidade seriam destinados à construção de empreendimentos imobiliários para classes de maior poder aquisitivo. (BRUM, 2013) O Brasil vivia um período ditatorial, o que explica a concretização de políticas tão invasivas e arbitrarias sem grandes contestações pela população.

Um dos casos mais emblemáticos deste período remocionista é o caso da Favela da Praia do Pinto, que ocupava área de muito valor no Leblon. Na data de 11 de maio de 1969, um incêndio destruiu a favela por completo, existindo relatos que apontam para um incêndio proposital e criminoso.

O incêndio na Praia do Pinto foi utilizado como demonstração de força pelo então Estado da Guanabara em direção às populações atingidas pela política de remoções, de forma a desestimular

qualquer tentativa de dissidência. Aponta o estudioso que este episódio dá a tônica de como se daria a partir de então o novo paradigma de relacionamento entre o poder público e as favelas (BRUM, 2013).

Não obstante, há que se considerar que Cidade de Deus não foi formada unicamente por egressos da política remocionista, o que torna ainda mais complexa a sua composição. Há uma parcela considerável de habitantes que para lá se dirigiram voluntariamente.

São seis tipos de residentes, claramente diferenciados quanto à maneira como chegar à Cidade de Deus: compulsoriamente e por via institucional (flagelados e removidos); voluntariamente e por via institucional (inscritos); voluntários e independentemente de via institucional (invasores); voluntariamente e via mutuário original (locatários e residentes por cessão de direitos) (VALADARES, 1978, p. 94).

Com o aumento populacional de Cidade de Deus sem a contrapartida dos investimentos em equipamentos e serviços de infraestrutura urbana necessária, houve um intenso processo de precarização das condições de moradia iniciais. Diante da ausência de investimentos, os espaços de lazer foram transformados em lotes para a construção de casas; ocupação da margem dos rios assoreados; rede de esgotamento sanitário inadequada para as necessidades locais (MARCELINO, 2013)

Registre-se que, à época da implantação do conjunto habitacional Cidade de Deus, Jacarepaguá configurava localização desabitada, longínqua e precária, o que obviamente demandava do Poder Público uma assistência redobrada à população.

A inércia estatal desaguou na Cidade de Deus que surge no final da década de 80 e início dos anos 90 como sinônimo de violência e domínio do tráfico. Marcelino (2013) aponta que a construção de Cidade de Deus não possibilitou a ruptura com a lógica básica da segregação e exílio dos assentamentos populares.

Atualmente, Cidade de Deus conta com um contingente populacional fartamente superior ao estipulado no projeto inicial. Segundo o censo do IBGE, a população do bairro é atualmente de 38,016 habitantes, 13 mil em excesso ao previsto no projeto original. O Comitê comunitário Cidade de Deus² argumenta que o número é bem maior, pois os dados oficiais não consideram o crescimento das favelas que surgiram no interior do bairro, apontando o número de aproximadamente 65.000 habitantes (MARCELINO, 2013).

Neste ponto, faz-se relevante debruçar-se sobre o Comitê comunitário Cidade de Deus, diante de seu protagonismo e importância na história de lutas dos moradores do bairro.

O Comitê é resultado do ativismo dos moradores de Cidade de Deus. Surgiu em 2003, após o sucesso do filme Cidade de Deus em 2002, cujo legado foi o reforço do estereótipo de comunidade

² Criado em 2003, é composto por uma rede de instituições locais e moradores, que nasceu da necessidade de construção de um projeto de desenvolvimento local. Tem como órgão executor de suas decisões a Agência Cidade de Deus de desenvolvimento local. Disponível em <http://cidadededeus.org.br/comite-agencia>. Acesso em 08.03.2016.

violenta e perigosa. Em janeiro de 2003, representantes de instituições políticas da comunidade iniciaram diálogos com representantes do poder público, empresas privadas e organismos internacionais, promovendo-se a formação de redes de desenvolvimento. Deste processo resultou a fundação do Comitê comunitário Cidade de Deus, cujo objetivo era exatamente reunir todas as instituições políticas atuantes no bairro (MARCELINO, 2013).

A demanda que impulsionou a fundação do Comitê foi a necessidade de se contrapor ao processo de abandono social e descaso por parte do poder público. O ponto culminante deste processo foi a elaboração pelos próprios moradores do plano de desenvolvimento comunitário da Cidade de Deus, que objetiva ser um instrumento político capaz de orientar as instituições locais em torno do comitê comunitário (MARCELINO, 2013).

4 Estudo comparativo entre o gueto negro norte-americano e a periferia urbana francesa

Como forma de elucidar as diferenças entre a construção do gueto negro norte-americano e as cidades que compõem a periferia urbana francesa, Wacquant especifica as características que os definem, de forma a desmistificar o que seria uma guetização e vulgarização do termo:

A banlieue, ou melhor, as “banlieues” ditas desfavorecidas não são guetos no sentido que essa noção exprime no contexto norte-americano. De um lado, a incidência cumulativa da miséria, o desamparo, a segregação e a violência urbanas assumem uma amplitude muito diferente nos Estados Unidos. De outro lado, este o mais importante, bairro e gueto são legados de trajetórias urbanas resultantes de diferentes critérios e formas de “triagem” social – efetua-se prioritariamente, no primeiro caso, com base na origem de classe, no segundo, na origem racial (WACQUANT, 2001, p. 113).

Wacquant (2001) aponta como características comuns o fato de serem ambos os territórios tendentes a concentrar e acumular minorias, sejam raciais ou etnonacionais, desemprego e baixos salários, que juntos desaguam em pobreza e desarticulação. Configuram ainda espaços estigmatizados, com forte representatividade de deterioração, marginalidade social e delinquência. O trabalho de cunho etnográfico apresenta relatos de moradores destes bairros nos quais resta cristalina a vergonha por residir nestes lugares, visualizado com características predominantemente negativas.

Como diferenças, Wacquant (2001) aponta a escala de tamanho de um gueto de Chicago (que possui atualmente de 400 a 700 mil habitantes) comparado a bairros franceses, como o Quatre Mille, que conta com aproximadamente 13 mil habitantes.

No que concerne ao fator racial, enquanto as *banlieues* francesas são espaços essencialmente pluriétnicos, o gueto norte-americano é totalmente homogêneo racialmente. (WACQUANT, 2001)

A relação que se estabelece com o poder público também diferencia as instituições. No caso do gueto norte-americano, o caráter racial da exclusão associado à precária cobertura social oferecida pelo

Estado norte-americano explicam as taxas de pobreza e indigência que não encontram equivalente na periferia francesa. (WACQUANT, 2001)

No que se refere à criminalidade e taxa de perigo, há uma diferença bastante relevante. Na periferia francesa, destacam-se os crimes de pequena delinquência, ao passo que no gueto norte-americano, a violência física é uma realidade. (WACQUANT, 2001)

Quanto às políticas urbanas, a *banlieue* francesa claramente apresenta melhor relação entre o poder público e a população desprivilegiada das periferias, o que leva o autor a questionar o uso indiscriminado do termo guetização, que somente influencia no reforço do poder simbólico da segregação, ao mesmo tempo que importa em perda de oportunidades de mergulho profundo na história e formação do processo de produção de exclusão específico da França. (WACQUANT, 2001)

Em sua pesquisa, Wacquant (2001) constata que os habitantes do cinturão vermelho francês associam sua moradia à confinamento, espaço estigmatizado, visto como uma espécie de prisão, instrumento de confinamento social.

Da leitura e análise das interpretações feitas por Wacquant, pode-se vislumbrar que o nosso espaço social representado pelas favelas situa-se em domínio ainda mais complexo, pois apresenta características isoladas de ambos os espaços, sem contudo obviamente configurar um gueto.

Os estudos de Wacquant tem relevância no contexto da formação das favelas cariocas pela ligação intrínseca com a abolição da escravidão e tudo o que permaneceu de escravidão na economia brasileira.

Isso porque o processo histórico de formação das favelas cariocas tem como pano de fundo a difusão do medo branco diante da ameaça da revolta escrava. (MALAGUTI, 2003)

Disto nasce a relevância de compreender o modo de produção destas relações, posto ser possível identificar uma relação destas formas de opressão com os estudos elaborados por Loic Wacquant - especificamente sobre o gueto norte-americano - , o que ajuda a compreender a formação histórica das favelas (MALAGUTI, 2003).

Embora Wacquant afirme que o caso das favelas brasileiras seja distinto do gueto norte americano, posto que no Brasil as favelas revelam-se enquanto bairros operários dotados de uma rede finamente estratificada de elos tanto com a indústria quanto com os bairros ricos, aos quais fornecem mão de obra para os serviços domésticos (WACQUANT, 2003). a semelhança das políticas associadas ao gueto negro e às favelas cariocas não pode ser desconsiderada (MALAGUTI, 2003).

Nos EUA, com o eclodir da Primeira Guerra Mundial, os negros foram recrutados pelas cidades do norte para compor a força de trabalho não qualificada necessária às fábricas – que configuravam a base da economia industrial em expansão. Apesar de ser necessária a força de trabalho, não se cogitava que uma classe intrinsecamente inferior privasse do convívio com os brancos. Quando os

negros começaram a se instalar nas localidades para residir, recrudescendo a política segregacionista, fazendo com que os afro-americanos buscassem refúgio no perímetro restrito do Cinturão negro, constituindo-se assim uma cidade paralela. (WACQUANT, 2008)

No caso brasileiro, após a edição da Lei Áurea, em 1888, não houve um incentivo estatal para conversão dos escravos libertos em mão de obra livre. O Estado optou por estimular a entrada em grande escala de imigrantes europeus para substituir a mão de obra escrava nas plantações de café, circunstância que permitiu a formação progressiva do denominado “exército de reserva” – exigência do sistema de produção das cidades. Com a instalação desta parte da população em cortiços no centro do Rio de Janeiro, a elite rapidamente pôs em prática políticas que levassem os moradores dos cortiços para a periferia da cidade, sem oferecer qualquer suporte estatal para suas instalações. (GONÇALVES, 2013)

O gueto cumpre assim dupla função. Para a categoria dominante, confina e controla a categoria dominada. Ao passo que, para a categoria dominada, estimula a construção comunitária interna. (WACQUANT, 2008) Esta mesma relação também pode ser evidenciada no caso das favelas brasileiras, respeitadas as diferenças históricas e culturais.

Analisando as semelhanças e marcantes diferenças expostas por Wacquant entre o gueto negro norte-americano e o cinturão vermelho francês, pode-se perceber que a favela em sua origem revela contornos raciais sem que as ocupações configurem confinamentos involuntários como ocorreu nos Estados Unidos. Ao passo que a sua expansão revela características do cinturão vermelho francês, sobretudo o caráter estigmatizante do espaço.

Por outro lado, não podemos dizer que a presença estatal nas favelas cariocas é semelhante à encontrada na periferia parisiense.

Assim, quedamos em um lugar próprio, no qual se faz urgente a compreensão da identidade pertinente à comunidade e a relação favela-poder público. Neste sentido, a compreensão da sociologia das ausências no contexto das favelas no Rio de Janeiro parece ser imprescindível para entender as invisibilidades que demandam reconhecimento.

5 A sociologia das ausências e o processo de reinvenção social

Boaventura entende que estamos atravessando uma crise de paradigmas, em que os novos questionamentos não podem ser respondidos com os antigos critérios. Ele diferencia a razão indolente que dominou o pensamento ocidental de uma razão cosmopolita, estabelecendo como instrumentos desta nova ciência social a sociologia das ausências, a sociologia das emergências e o processo de tradução. Em trabalho publicado na Revista Crítica de ciências sociais, o professor Boaventura lança as premissas de seu projeto, cujas idéias principais seguem delineadas (BOAVENTURA, 2002).

O projeto “A reinvenção da emancipação social” teve como objeto de estudo as alternativas à globalização neoliberal e ao capitalismo global produzidas pelos movimentos sociais e pelas ONGs, na sua luta contra a exclusão e a discriminação em diferentes domínios sociais e em diferentes países. O trabalho tinha como principal objetivo determinar em que medida a globalização alternativa estava sendo produzida a partir de baixo e quais as suas possibilidades e limites (BOAVENTURA, 2002).

Nos países escolhidos como campo de pesquisa foram identificadas iniciativas, movimentos, experiências em cinco áreas temáticas: democracia participativa; sistemas de produção alternativos; multiculturalismo, direitos coletivos e cidadania cultural; alternativas aos direitos de propriedade intelectual e biodiversidade capitalista; novo internacionalismo operário (BOAVENTURA, 2002).

A racionalidade cosmopolita propõe-se expandir o presente e contrair o futuro, o que tornará possível a vivência das inesgotáveis experiências sociais em curso no presente e atualmente desperdiçadas. A sociologia das ausências tem o condão de expandir o presente, enquanto a sociologia das emergências relaciona-se à contração do futuro. Em face da visibilidade e reconhecimento das múltiplas e complexas experiências sociais obtidas com a sociologia das ausências, Boaventura propõe um processo de tradução que seja capaz de engendrar uma inteligibilidade mútua entre experiências possíveis e disponíveis. O modelo de racionalidade criticado por Boaventura trabalha com lógicas de produção de não existência, o que finda por criticar a lógica da classificação social - fundada na monocultura da naturalização das diferenças. Por meio desta lógica, as populações são distribuídas em categorias, naturalizando as hierarquias, de forma que resta consolidada a negação da intencionalidade da hierarquia social (BOAVENTURA, 2002).

O processo social de produção destas ausências significa desconhecer e portanto não valorar as diversas e múltiplas experiências sociais que não seguem ou adotam estas lógicas ou padrões de funcionamento, importando na contração do presente e desperdício de experiência. Por meio da sociologia das ausências, identifica-se o âmbito desta subtração de forma que estas ausências se libertem das relações de produção homogeneizantes, tornando-se visíveis e presentes. Neste processo, tornar-se presente significa ser posta como alternativa às experiências hegemônicas, incluindo-se na pauta de discussões políticas, sendo esta a razão de falar-se em expansão do presente (BOAVENTURA, 2002).

A cada uma das lógicas de produção acima definidas, a sociologia das ausências propõe uma forma transgressiva de subverter este desperdício das experiências sociais mais diversas. A lógica da classificação social é confrontada com a ecologia dos reconhecimentos, contrapondo a colonialidade por meio da busca de uma nova articulação entre o princípio da igualdade e o princípio da diferença, abrindo espaço para a existência de diferenças iguais (BOAVENTURA, 2002).

A sociologia das emergências investiga as alternativas que cabem no horizonte das possibilidades concretas, legitimando expectativas contextuais por serem medidas por possibilidades e capacidade concretas e radicais. No âmbito dessas possibilidades e capacidades, reivindicam uma realização forte que as defenda da frustração. Neste sentido, serão essas expectativas que apontarão para os novos caminhos das emancipações sociais (BOAVENTURA, 2002).

Para lidar com o grau de complexidade gerado pelo reconhecimento simultâneo de experiências sociais por vezes diametralmente opostas, Boaventura propõe um procedimento de tradução, que consiste em criar inteligibilidade recíproca entre as experiências do mundo, tanto as disponíveis quanto as possíveis, reveladas pela sociologia das ausências e a sociologia das emergências. O trabalho de tradução incide tanto sobre os saberes como sobre as práticas e seus agentes (BOAVENTURA, 2002).

A zona de contato cosmopolita toma como ponto de partida que cabe a cada prática decidir o que colocar na zona de contato, preservando aquilo que entender não compartilhável ou ainda não suscetível a confrontos políticos. Boaventura entende ainda que o trabalho de tradução é sempre realizado entre representantes dos grupos sociais, exigindo capacidade intelectual por demandar trabalho argumentativo. Esta capacidade intelectual refere-se às práticas sociais por eles representadas, no sentido de pertencimento e enraizamento àquele determinado movimento social. O eminente sociólogo adverte tratar-se de um trabalho exigente, sem seguros contra riscos e sempre à beira de colapsar (BOAVENTURA, 2002).

Diante dos argumentos acima lançados, faz-se necessária uma reflexão sobre a reinvenção social discutida por Boaventura e compreender-se como os cidadãos moradores de favelas estão se articulando coletivamente, especificamente os residentes em Cidade de Deus, construindo alternativas emancipatórias à globalização hegemônica, sobretudo diante de um processo de enclausuramento espacial e social identificado nas favelas – em cuja análise a obra de Loic Wacquant mostra-se essencial.

6 UPP: Unidade de polícia pacificadora

O surgimento das unidades de polícia pacificadora não pode ser desconsiderado ao se debruçar sobre Cidade de Deus. Há que se refletir e pesquisar acerca de seus efeitos sobre a estigmatização e segregação territorial vivenciada pelos moradores.

As UPP's estão inseridas no contexto de um programa de segurança pública, implantado pela Secretaria de Segurança do Rio de Janeiro, no fim de 2008, planejado e coordenado pela Subsecretaria de Planejamento e Integração Operacional. Segundo o ideário do projeto, adota-se como fundamento os princípios da polícia de proximidade, concepção que vai além da polícia comunitária e tem sua estratégia

fundamentada na parceria entre a população e as instituições da área de Segurança Pública. Segundos dados oficiais, até a presente data, foram instaladas 38 UPPs³.

A pacificação atende a um processo distribuído em três fases: 1) o anúncio da “pacificação” de determinadas localidades; 2) a “retomada do território” pelo Bope; 3) a instalação da Unidade de Polícia Pacificadora; e 4) a atuação da UPP Social, trazendo os programas sociais para os territórios (CARVALHO, 2013).

No caso das UPP's, o fator problematizador está em unir duas características aparentemente inconciliáveis, a imposição de uma política sem prévia legitimação da população diretamente atingida e a proposta de cumprir uma função mediadora, a ser desempenhada por uma polícia que se pretende comunitária.

Marcelino (2013) destaca cinco fatores de descontentamento entre os moradores de áreas “pacificadas”: 1) O controle da intimidade das pessoas que residem em áreas de UPP – detectado por meio de denúncias sobre abuso de autoridade, desrespeito e controle de intimidade das pessoas; 2) A militarização do cotidiano das comunidades onde são implantadas UPP's – A mera presença física ostensiva dos policiais no cotidiano dos moradores implica em militarização das práticas diárias da comunidade; 3) Gestão empresarial-autoritária-militarizada do espaço urbano carioca - A escolha inicial das favelas que seriam “pacificadas” é claramente seletiva. No ano de 2012, existiam 17 unidades, cuja grande maioria contemplava a zona sul – área turística e composta de bairros de classe média alta, Centro da cidade – de intensa atividade comercial e serviços e o “cinturão da Tijuca, área específica da zona norte - localizado exatamente ao redor do estádio de futebol do Maracanã, sede da Copa do Mundo de Futebol em 2014. (CANO, 2012); 4) Aprofundamento das desigualdades sócio-espaciais – A política de pacificação reflete e reproduz a estigmatização desses espaços e das pessoas que neles convivem; 5) As UPP's estão em completa contradição com o ideal de policiamento comunitário – O atual modelo de UPP inspira-se nas táticas de contrainsurgência aplicados em conjunturas de guerrilhas urbanas.

A UPP em Cidade de Deus foi instalada em 16 de fevereiro de 2009. Cano (2012) relata que a instalação das UPP's da Zona Oeste (Cidade de Deus e Jardim Batam) responde a circunstâncias particulares. Cidade de Deus, segunda unidade em ordem cronológica, aparentemente aproveitou a iniciativa de um comandante local, ao passo que em Jardim Batam houve uma resposta do Estado ao impacto da atuação da milícia no local, sobretudo após o episódio da tortura de jornalistas do jornal “O dia” no ano de 2008.

3 Fonte: <http://www.upprj.com>. Acesso em 08.03.2016.

Marcelino (2013) retrata relatos de controle autoritário por parte dos policiais quanto à fruição do espaço público pelos moradores, como também interferência em atividades domésticas, como reunião de amigos e festas de aniversário.

Há ainda o controle do Comandante responsável quanto à realização dos eventos. Em entrevista concedida pelo presidente de uma associação de moradores, Alexandre Ferramenta expõe, *“no começo foi muito difícil a adaptação, [...] antes a gente não podia fazer nada, mas aos poucos estamos conseguindo nos entender. A Cidade de Deus é um local que ao longo de 30, 40 anos sempre promoveu festas de rua, festas juninas etc., e durante esse período de adaptação era proibido.”*⁴

À época da instalação da UPP em Cidade de Deus, a relação entre o Comitê comunitário e os policiais foi bastante conflituosa, em virtude da forma autoritária como foi conduzido o processo de implantação. (MARCELINO, 2013).

Pôde-se constatar uma tentativa da UPP de influenciar o processo decisório de questões cotidianas do bairro, desconsiderando o histórico de ativismo e protagonismo político da comunidade (MARCELINO, 2013)

Esta “policialização” da política de base acaba desestimulando a atuação e articulação dos próprios moradores, influenciando negativamente o processo de expansão da cidadania que já estava em curso na comunidade. (MACHADO, 2010)

Postigo (2014), em pesquisa de cunho etnográfico, de igual forma, aponta relatos de jovens que, mesmo após a instalação da UPP, sentem cotidianamente o medo da violência policial, preferindo não sair e ficar em casa. Isto se dá também em face da vigilância dos policiais equipados de fuzis quando há reuniões em espaços públicos. Descreve a sensação de receio ao contato com os policiais após tornar-se moradora de Cidade de Deus, refletindo o sentimento dos moradores, de incômodo pela vigilância ininterrupta.

7 Conclusões

As variáveis utilizadas neste artigo são a segregação social e espacial imposta aos habitantes de áreas pauperizadas e objeto de “pacificação”, sua relação com os estudos desenvolvidos por Loic Wacquant entre o gueto negro norte-americano e o cinturão vermelho francês e a análise das circunstâncias sob o prisma da sociologia proposta por Boaventura.

Neste caminho, faz-se relevante registrar o pensamento de Luiz Antonio Machado sobre a relação entre os policiais representantes das unidades de polícia pacificadora e as associações de moradores. Machado (2010) aponta que se pode perceber que as UPP's ensaiam desempenhar um papel de

4 Portal Comunitário da Cidade de Deus, 15 de julho de 2011.

mediação que sempre foi desempenhado pelas associações, o que lhe retira a força e legitimidade para atuar no interior da comunidade. Externa o receio de que a atividade político-administrativa nos territórios da pobreza seja policializada.

A sociologia das ausências proposta por Boaventura procura trazer à superfície experiências sociais sufocadas pelo capitalismo hegemônico e essa assunção social somente pode se dar politicamente, sobretudo por meio das associações de moradores.

Por meio desta sociologia, busca-se incluir as realidades ausentes por via do silenciamento, supressão e marginalização ou produzidas como ausentes. Por isto a pertinência da sociologia das ausências na contemporaneidade e especificamente no estudo das favelas cariocas, cujas relações de produção vêm sendo sistematicamente declaradas inexistentes. Pode-se constatar essa horizontalidade perdida ou abafada por diversos prismas, seja sob a forma da criminalização das experiências sociais das classes consideradas perigosas, seja pela recrudescimento da cultura do medo como subterfúgio para implantação de políticas discriminatórias e segregatórias, negando ao outro o direito de participação no tecido social da cidade.

Enquanto a expansão das experiências sociais do presente dá-se por meio da sociologia das ausências, a sociologia das emergências propõe a contração do futuro, substituindo o vazio do futuro segundo o tempo linear por um futuro de possibilidades reais e concretas, simultaneamente utópicas e realistas, que se constroem no presente através das atividades de cuidado (BOAVENTURA, 2002).

As experiências de reconhecimento, que ocorrem em diálogos e conflitos possíveis entre sistemas de classificação social, importam para um procedimento de tradução entre estas experiências. O foco na tradução entre práticas demonstra relevância, uma vez que persiste a dificuldade de determinar em abstrato quais articulações e hierarquias são desenvolvidas entre as diferentes experiências sociais, haja vista que esta avaliação e definição de possíveis alianças só se pode dar através da inteligibilidade recíproca das práticas. Por meio do trabalho de tradução, descobrem-se os pontos de contato e divergência entre os diferentes movimento sociais, de modo a determinar as possibilidades e os limites da articulação ou agregação entre eles (BOAVENTURA, 2002).

Neste processo, um conceito de fundamental importância é a zona de contato – campos sociais nos quais diferentes mundos-da-vida normativos, práticas e conhecimentos se encontram e interagem (BOAVENTURA, 2002).

A fundamentalidade do trabalho de tradução nos dias de hoje reside na possibilidade de criação de condições para emancipações sociais concretas de grupos sociais concretos num presente cuja injustiça é legitimada por um imenso desperdício da experiência. Para que isso ocorra, a visibilidade das diversas experiências e suas relações entre si precisam desencadear práticas transformadoras.

No caso de Cidade de Deus, território que vem sendo palco de um histórico de mobilização social desde o início de sua formação na década de 60, foi instituído o comitê comunitário Cidade de Deus, que reúne as instituições locais, cujos representantes têm legitimidade para atuar em seu nome fora da comunidade (ALMEIDA, 2010).

O Comitê comunitário Cidade de Deus, neste sentido, pode ser instrumento de emancipação, através do empoderamento e pertencimento da população da comunidade, permitindo a diminuição da distância espacial e emocional entre os cidadãos. Esta instituição legitimamente representante dos moradores pode figurar como instrumento para exercício do processo de tradução dos movimentos de multiculturalismo, direitos coletivos e cidadania cultural engendrados pelo povo da favela em direção a uma sociologia das emergências.

Sob a ótica do pensamento de Boaventura, trabalhar uma sociologia das emergências requer desprendimento político para decidir quais experiências sociais serão dialogadas e isto somente pode ser feito por meio de interlocutores que falam em nome da comunidade.

Cumpra portanto restringir esta função mediadora dos policiais em áreas de UPP, sob pena de ser mascarada a vontade da comunidade, diante da absoluta ausência de legitimidade popular da instituição militar como representante política das classes empobrecidas – alvo que são na verdade da política de Estado segregadora e estigmatizante.

Referências

ALMEIDA, Silvia Regina de. **Aspectos revelantes para a elaboração de projetos de desenvolvimento local referenciados nos elementos constitutivos de políticas públicas de desenvolvimento**: Um estudo de caso na Cidade de Deus, RJ. Dissertação (Mestrado Multidisciplinar em Desenvolvimento Local - Centro Universitário Augusto Motta, Rio de Janeiro, 2010).

BRUM, Mario. **Favelas e remocionismo ontem e hoje**: da Ditadura de 1964 aos Grandes Eventos, In: O Social em Questão, Ano XVI, nº 29, 2013.

CANO, Ignácio (coord.). **Os Donos do Morro**: uma avaliação exploratória do impacto das Unidades de Polícia Pacificadora (UPPs) no Rio de Janeiro. São Paulo: Fórum Brasileiro de Segurança Pública, 2012.

CARVALHO, Monique Batista. **A política de pacificação de favelas e as contradições para a produção de uma cidade segura**. O Social em Questão, Ano XVI, nº 29, 2013. GONÇALVES, Rafael Soares. **Favelas do Rio de Janeiro**: História e direito. Rio de Janeiro: PUC-Rio, 2013.

MACHADO, Luiz Antonio. **Violência urbana, segurança pública e favelas** – o caso do Rio de Janeiro atual. Caderno CRH (UFBA. Impresso) 2010.

MALAGUTI, Vera Batista. **O medo na cidade do Rio de Janeiro**: dois tempos de uma história. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

MARCELINO, Jonathan da Silva. **A força (dos) do lugar**: Das lutas comunitárias ao Comitê comunitário. A trajetória de R-existência do bairro Cidade de Deus na urbe carioca. Dissertação (Mestrado em Geografia humana – Programa de Pós-graduação em Geografia Humana da Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013).

POSTIGO, Evelyn Louyse Godoy. **A bola da vez**: gestão e resistência no cotidiano de uma favela carioca em contexto de pacificação. Dissertação (Mestrado em Sociologia – Universidade Federal de São Carlos, São Carlos, 2014).

RIBEIRO, Luiz Cesar Q. **Dos cortiços aos condomínios fechados**: as formas de produção de moradia na cidade do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1997.

SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma sociologia das ausências e uma sociologia das emergências**. In: Revista Crítica de Ciências sociais, 63, Outubro, 2013.

VALLADARES, Licia do Prado. **A invenção da favela**: do mito de origem a favela.com. Rio de Janeiro: FGV, 2005.

VALLADARES, Licia do Prado. **Passa-se uma casa**: análise do programa de remoção de favelas do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

ZALUAR, Alba, e ALVITO, Marcos (orgs.). **Um século de favela**. Rio de Janeiro: FGV, 2004.

WACQUANT, Loic. **As duas faces do gueto**. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loic. **Os condenados da cidade**: estudos sobre marginalidade avançada. Rio de Janeiro: Revan, 2001.



GÊNERO E FEMINISMO: reflexões genealógicas da prática de estupro a partir da teoria queer

Efigênia Carine Martins Pereira¹

Gil Ricardo Caldeira Hermenegildo²

RESUMO: Este trabalho propõe realizar uma análise genealógica acerca da prática do estupro, sendo este entendido enquanto uma questão de poder e não de satisfação de desejo, e da culpabilização atribuídas às mulheres vítimas desse ato de violência. A análise do fenômeno objeto de estudo será realizada sob a perceptiva da teoria queer, que compreende que sexo, gênero e sexualidade são construções sociais derivadas de relações de poder. A referida teoria apresenta uma análise da normalização, ou seja, busca verificar como os discursos supostamente neutros promoveram a normalização dos corpos, induzindo subjetividades e naturalizando as hierarquias de gênero.

Palavras-chave: Gênero. Estupro. Teoria queer.

ABSTRACT: This paper proposes to carry out a genealogical analysis about the practice of rape, understood as a matter of power and not desire to satisfaction, and blame attributed to women victims of this act of violence. The analysis of the study object phenomenon will be held under the perceptiveness of queer theory, which understands that sex, gender and sexuality are social constructions derived from power relations. That theory presents an analysis of normalization, or search to see how the supposedly neutral discourses promoted the standardization bodies, inducing subjectivities and naturalizing gender hierarchies.

Keywords: Gender. Rape. Queer theory.

1 Introdução³

Na sociedade moderna ocidental, a partir do século XVIII, houve uma proliferação de discursos sobre o sexo. A sexualidade foi colocada em debate e as sociedades burguesas, por meio do saber-poder científico, revestido de suposta neutralidade, promoveram a naturalização de uma sexualidade

¹Pós-graduanda em Direito Processual Civil pela Universidade Cândido Mendes. Bacharela em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais.

²Mestre em Teoria do Direito e professor de Sociologia Jurídica na PUC Minas campus Serro. Atualmente coordena o grupo de pesquisas em sociologia jurídica na mesma instituição.

³ À FAPEMIG, pelo financiamento que propiciou a elaboração deste trabalho e à PUC Minas/Serro, pelo incentivo ao pensamento crítico.

definida como normal, aceitável e inteligível. Surgiu, então, uma ciência do sexo.

A partir da classificação dos corpos, realizada por meio de oposições binárias, houve a naturalização de categorias fixas e estáveis como homem/mulher, masculino/feminino, hétero/homossexual. Além disto, naturalizou-se a linearidade entre sexo, gênero e desejo, estabelecendo, assim, a heterossexualidade compulsória e idealizada. Todas estas construções sociais foram operadas a partir da ótima masculina.

Deste modo, a partir de uma estrutura falocêntrica e heterossexual, o corpo definido como feminino, nesse processo, foi descrito enquanto dotado de uma sexualidade que deveria ser controlada. Justificou-se, então, o confinamento das mulheres aos espaços privados, que são espaços considerados subalternos e nos quais elas permanecem sob o controle dos homens – pais, maridos, irmãos.

A dominação masculina foi naturalizada pelo biopoder – uma forma de poder que emergiu nas sociedades modernas ocidentais e passou a encobrir estados de dominação. A violência contra a mulher, inclusive o estupro, passou a ser relativizada e até naturalizada. Por meio dessa naturalização da violência de gênero emergiu a denominada cultura do estupro que funciona enquanto um meio de atribuir às mulheres a responsabilidade pela violência sofrida.

2 Queer? Do insulto à ressignificação

Segundo Louro (2004, p. 38) a expressão *queer*⁴, semanticamente, pode significar estranho, possivelmente ridículo, também excêntrico. Inicialmente, tal expressão era utilizada para designar pessoas homoafetivas nos Estados Unidos. Trazia a conotação pejorativa de *bicha*, *sapatão*, *afeminado*, *viado*.

Utilizada para demarcar os estudos que estavam se desenvolvendo em oposição aos movimentos assimilacionistas, envolvendo mais precisamente as minorias sexuais, a expressão *queer*, nos fins da década de 80, alcançou outro significado, até ser consolidada enquanto corrente teórica. (MISKOLCI, 2009, p. 150). Queer representa aquilo que está fora da norma, do padrão.

Ressignificado, passou a designar um novo campo do saber voltado para questionar categorias⁵ consideradas naturais, e, portanto, normais, dentro de uma lógica ocidental binária que legitima a dominação do polo considerado superior, central, sobre o polo considerado inferior, periférico.

Segundo demonstra Preciado (2001, p. 16), o movimento *queer* não pressupõe uma identidade que seja natural, e sim “uma multiplicidade de corpos que se levantam contra os regimes que os

4 Neste trabalho, o termo *queer* não será traduzido, pois o uso do vernáculo em inglês já se encontra consolidado no âmbito das ciências sociais, conforme elucida Carvalho (2012, p. 189). Realizar uma tradução literal do termo *queer* seria esvaziá-lo de suas significações, sua pluralidade.

5 Entre essas categorias, p. ex. destacam-se as relacionadas ao sexo (macho/fêmea), gênero (masculino/feminino) e sexualidade (homossexual/heterossexual).

constroem como “normais” e “desviantes””. A subversão *queer* implica questionar a lógica que rege a cultura ocidental, o binarismo tão marcado, o que se conhece e o modo como se conhece. O *queer* reside no momento mesmo da não inteligibilidade⁶ e propõe uma analítica da normalização, ou seja, busca verificar como os discursos supostamente neutros promoveram a normalização dos corpos, induzindo subjetividades.

Teóricos queer problematizam acerca da abjeção e sobre como determinados discursos promovem a normalização dos corpos. Esta teoria se apropria da análise feita por Michel Foucault sobre a construção discursiva da sexualidade e também da operação da desconstrução⁷, elaborada por Jacques Derrida. A desconstrução é um importante procedimento metodológico que torna possível desestabilizar os binarismos que forjam a lógica ocidental, geradora de hierarquia e exclusão. (LOURO, 2004, p. 42).

Conforme Derrida, a lógica ocidental opera, tradicionalmente, através de binarismos: esse é um pensamento que elege e fixa uma idéia, uma entidade ou um sujeito como fundamento ou como central, determinando, a partir desse lugar, a posição do “outro”, o seu oposto subordinado. [...]. Derrida afirma que essa lógica poderia ser abalada através de um processo desconstrutivo que estrategicamente revertesse, desestabilizasse e desordenasse esses pares. (LOURO, 2004, p. 42).

Infere-se, portanto, que, marcada pelo estranhamento quanto aos movimentos sociais da década de 80 e pela perceptiva da diferença, a teoria *queer*⁸ é uma corrente pós-estruturalista e pós-identitária, desenvolvida a partir de críticas feitas aos então denominados estudos gays e estudos de gênero, e propõe uma abordagem crítica da heteronormatividade que perpassa o discurso e a prática social.

Louro (2004, p. 43) salienta que “os teóricos *queer* fazem uso próprio e transgressivo das proposições das quais se utilizam, geralmente para desarranjar e subverter noções e expectativas”. A resignificação do termo *queer* já demonstra a proposta subversiva da teoria que se opõe ao pressuposto de identidades cristalizadas.

6 A não inteligibilidade se refere àquele ponto a partir do qual não se consegue pensar ou explicar.

7 A teoria queer utiliza o termo desconstrução, que por sua vez é utilizado por Jacques Derrida. Para teóricos *queer*, desconstruir não tem o significado de destruir ou aniquilar. Louro (2004, p. 42) afirma que “desconstruir um discurso implicaria minar, escavar, perturbar e subverter os termos que afirma e sobre os quais o próprio discurso se afirma”. Em Problemas de Gênero, Butler (2013, p. 25) desconstrói a concepção de que o sexo é um dado puramente biológico e que apenas o gênero é uma construção social ao demonstrar, e afirmar, que ambos são construções sociais. Na medida em que sexo e gênero são construídos discursivamente e, por conseguinte, geram hierarquização e exclusão daqueles que não se enquadram no padrão tido como normal, para desconstruir o binário normal/anormal se faz necessário desconstruir os discursos patologizadores que geram os corpos anormais, abjetos, não inteligíveis. Essa desconstrução desestabiliza a noção de superioridade de um dos polos binários para que os polos passem a ser compreendidos como interdependentes, complementares (LOURO, 2004, p. 43).

8 Muito embora, atualmente, a teoria *queer* seja usada para problematizar os debates sobre sexualidades consideradas dissidentes, essa não é unicamente sua proposta, também não é sua proposta principal. Faz-se necessário compreender que “o queer, portanto, não é uma defesa da homossexualidade, é a recusa dos valores morais violentos que instituem e fazem valer a linha da abjeção, essa fronteira rígida entre os que são socialmente aceitos e os que são relegados à humilhação e ao desprezo coletivo”. (MISKOLCI, 2012, p. 25).

Destaca Butler (2013, p. 54) que “as relações de poder continuam construindo a sexualidade das mulheres, mesmo nos termos de uma homossexualidade ou lesbianismo “liberados””. Ou seja, mesmo quando os sujeitos de algum modo escapam do padrão heteronormativo, ainda são afetados pelas relações de poder que estabelecem o que é aceitável e o que é abjeto. A proposta *queer* tem como objetivo criar condições de possibilidade para a emergência de um sujeito que se autodetermine, que se construa livre das imposições identitárias da biopolítica.

Eis a proposta subversiva, transgressora, da teoria *queer* ao promover uma experiência ética quando estimula que os sujeitos rompam com a regulação com as normatividades impostas.

3 Significados culturais dos corpos e do desejo

Em uma perspectiva pós-identitária, como a adotada neste trabalho, tem-se que sexo, gênero e sexualidade são construções sociais oriundas de relações de poder estabelecidas pelo saber científico a serviço de interesses econômicos, políticos e sociais. E justamente por serem construções, há possibilidade de transformação.

Nota-se que não apenas o gênero é uma construção social, mas também o sexo. O sexo é produzido através de discursos e, na modernidade, passou a ser compreendido através do binário macho/fêmea.

De acordo com Louro (2004, p. 77), ainda no começo do século XIX o parâmetro era o corpo masculino, tanto que as mulheres eram entendidas não enquanto o sexo oposto, mas enquanto portadoras dos órgãos masculinos ao avesso, eram compreendidas enquanto machos imperfeitos, lhes faltando o calor vital. Conforme demonstra Priore (2014, p 33), “a vagina era considerada um pênis interior; o útero, uma bolsa escrotal, os ovários, testículos, e assim por diante”. Somente depois de superada essa concepção é que se passou a compreender a existência de dois sexos distintos.

Os corpos carregam marcas, ganham existência na cultura, visto que a posição dos sujeitos, na sociedade, é definida a partir de seus corpos, suas características distintivas. A existência de uma vagina ou um pênis trazem as marcas de gênero. (LOURO, 2004, p. 75). E essas marcas de gênero, se pensadas enquanto categorias definidoras, aprisionam os sujeitos.

Na atualidade há toda uma normatividade de gênero, construída pelos saberes científicos, que estabelecem categorias a priori. Tais categorias impõem o modo considerado normal, natural, dos sujeitos utilizarem seus corpos e sexualidade. Esses discursos reguladores dos sujeitos geram subjetividades e expectativas de comportamento.

Quanto nasce uma criança, ao verificar sua genitália, o saber médico define a qual sexo ela pertence, se tiver um pênis será categorizado compulsoriamente como menino, se tiver uma vagina será categorizada compulsoriamente como menina. Para meninas, espera-se que tenham um

comportamento considerado adequado de menina; e para os meninos, também há expectativas de comportamento já previamente determinadas. (CHANTER, 2011, p. 7). Veja-se que ocorre toda uma naturalização do comportamento e do desenvolvimento afetivo a partir da definição dita científica do sexo, bem como uma programação para o sujeito no quesito identitário.

Percebe-se, com isso, a existência de uma regulação da identidade do sujeito com base em uma (suposta) definição deste a partir do entendimento do sexo enquanto definidor do gênero, dentro de uma lógica binária.

Nessa dinâmica binária (e patologizante dos dissidentes), a partir da categorização, espera-se que o sujeito siga todo um padrão, tenha determinados gostos, comportamentos e se envolva, quando crescer, com alguém do gênero oposto. Essa construção de identidades age para criar “corpos “normais” e “desviantes” ” (PRECIADO, 2011, p. 16). Os que rompem com tais normatividades são diagnosticados com doentes e, com isso, reforça-se a heterossexualidade compulsória e idealizada.

Dos homens, espera-se que sejam fortes, não chorem, sejam dominadores; enquanto das mulheres espera-se que sejam indefesas, frágeis, dóceis, submissas, que aprendam os afazeres domésticos e queiram se dedicar, futuramente, à família. A sexualidade masculina é condicionada para ser ativa, e a feminina para ser passiva, e esses condicionamentos de subjetividades “induzem muitos a acreditar na incontrolabilidade da sexualidade masculina”. (SAFFIOTI, 2011, p. 27). Deste modo, desde o nascimento, são construídos os códigos de masculinidade e feminilidade⁹.

Às mulheres é reservado o espaço de subalternidade na sociedade, enquanto aos homens é reservado o espaço da dominação, da tomada de decisões – o espaço público. Com essa definição generificada dos espaços, não é incomum que as relações entre os gêneros sejam tão assimétricas. Saffioti (2011, p. 71) assevera que “a desigualdade, longe de ser natural, é posta pela tradição cultural, pelas estruturas de poder, pelos agentes envolvidos na trama de relações sociais”. A dominação do masculino sobre o feminino, pelo exposto, foi construída com base na suposta inferioridade da mulher, justificada pelo saber científico produzidos nas sociedades modernas ocidentais.

O resultado dessa construção social da masculinidade e feminilidade não poderia ser outra, a não ser a grande assimetria entre os gêneros. Por tal perspectiva, as relações entre os gêneros são, pois, relações de poder.

4 Gênero e Violência

O poder não é algo palpável ou que existe por si só, o poder perpassa as relações sociais. De

⁹ “A naturalização do feminino como pertencente a uma suposta fragilidade do corpo da mulher e a naturalização da masculinidade como estando inscrita no corpo forte do homem fazem parte das tecnologias de gênero (...) que normatizam condutas de homens e mulheres.” (SAFFIOTI, 2011, p. 77).

acordo com Foucault (2014, p. 100) “se deve compreender o poder, primeiro, como a multiplicidade de correlações de forças imanentes ao domínio onde se exercem e constitutivas de sua organização”. Esse poder se apresenta entrelaçado nas interações entre os sujeitos de modos heterogêneos.

Para Louro (1997, p. 41) os sujeitos não são constituídos apenas por meio da repressão, mas também por “ formas de falar e de agir, condutas e posturas apropriadas (e, usualmente, diversas). Os gêneros se produzem, portanto, nas e pelas relações de poder”.

A divisão entre os gêneros, construída socialmente, revestida de naturalidade, aparece como se fizesse parte da ordem das coisas, beirando ao inevitável. (BOURDIEU, 2012, p. 17). Essa estrutura é internalizada pelos sujeitos e a divisão sexual, que se impõe enquanto neutra e fundamenta a dominação masculina, aparenta ser legítima justamente por ser explicada enquanto parte da natureza constitutiva dos homens e das mulheres. Ou seja, enquanto um estado de coisas que sequer precisa ser justificada.

A força da dominação masculina se evidencia no fato de que ela dispensa justificção: a visão androcêntrica impõe-se como neutra e não tem necessidade de se enunciar em discursos que visem legitimá-la. A ordem social funciona como uma imensa máquina simbólica que tende a ratificar a dominação masculina sobre a qual se alicerça: é a divisão social do trabalho, distribuição bastante estrita das atividades atribuídas a cada um dos dois sexos, de seu local, seu momento, seus instrumentos [...]. (BOURDIEU, 2012, p. 18).

Uma vez naturalizada, a dominação masculina, por meio do androcentrismo, essa concepção do homem enquanto medida e princípio ativo, se reafirma através da violência simbólica. Esta se trata de uma forma de coerção exercida não pela força, mas por todo um aparato ideológico que gera a “internalização (inconsciente) do discurso do dominador pelo dominado, que o faz cúmplice de sua própria dominação”. (SARTI, 2004, p. 43).

A violência simbólica não evita a interação entre os gêneros, mas os separa em espaços delimitados, como por exemplo, a divisão público (espaço masculino, da política, dos discursos, da exterioridade) versus privado (espaço feminino, da casa, da reprodução, da interioridade), fazendo com que tanto homens quanto mulheres assimilem essa separação, considerando-a legítima, porquanto, natural.

Bourdieu (2012, p. 46) explica que “os dominados aplicam categorias construídas do ponto de vista dos dominantes às relações de dominação, fazendo-as assim ser vistas como naturais”. A mencionada violência não é perceptível igual à violência física, pois a violência simbólica não permite transparecer as relações de poder dentro do contexto social de dominação. Ela faz com que os dominados não percebam essa dominação, dissimula as relações de força, visto que a dominação aparece com natural, sendo, portanto, reproduzida pelos próprios dominados e reforçada pelas instituições e pela cultura.

Bourdieu (2012, p. 46) alerta que enfatizar a violência simbólica não significa “minimizar o papel

da violência física e (fazer) esquecer que há mulheres espancadas, violentadas, exploradas, ou, o que é pior ainda, tentar desculpar os homens por essa forma de violência”.

Não é pertinente, portanto, deixar de considerar as formas de violências físicas executadas sobre as mulheres, pois estas são conseqüências de uma sociedade patriarcal, que justifica os estados de dominação através da divisão sexual naturalizada.

De acordo com o já exposto, as relações entre os gêneros são relações de poder¹⁰, tendo em vista que os gêneros (assim como o sexo e a sexualidade) são construídos socialmente.

5 A organização social generificada

A sociedade patriarcal moderna é organizada a partir das concepções do masculino. A masculinidade é entendida enquanto medida, portanto, os homens recebem o status de sujeito e assim são tratados. Como a lógica ocidental é binária, a feminilidade é construída em contraposição a masculinidade, nesse sentido, as mulheres são consideradas um sujeito secundário, um sujeito à serviço de outro.

Os homens impõe sua cosmovisão às mulheres, e os papéis sociais são distribuídos com conformidade com o gênero ao qual 'pertencem”, portanto, conforme já mencionado, as relações sociais são generificadas e são relações de poder. Quando se fala em relação de poder, entende-se por aquela “constituída por aquele que quer condicionar o comportamento de outrem e o que tem seu comportamento condicionado”. (HERMENEGILDO, 2012, p. 155).

As relações de poder entre os gêneros são marcadas por violência simbólica, visto que os homens impõem seus valores e suas concepções às mulheres. E mais, a violência não se restringe apenas no campo simbólico, chegando à esfera física.

Essas assimetrias entre os gêneros atingem toda ordem política, econômica, cultural e tendem a não só reproduzir, como justificar violências.

Esta divisão do mundo, esta cosmogonia baseada sobre o gênero, mantém-se e é regulada por violências: violências múltiplas e variadas as quais – das violências masculinas domésticas aos estupros de guerra, passando pelas violências no trabalho, tendem a preservar os poderes que se atribuem coletivamente e individualmente os homens à custa das mulheres. (WELZER-LANG, 2001, p. 461).

A violência de gênero se trata de uma forma de manter a dominação masculina, a subordinação das mulheres aos homens, tratando-se, sendo altamente funcional enquanto condição de possibilidade para a reprodução e manutenção de poder.

10 Conforme Hermenegildo (2012, p. 155) “o poder é relacional, ou seja, ele se manifesta dentro das relações sociais (por exemplo, relação professor/aluno, pai/filho, marido/esposa, chefe/empregado, etc) e, por consequência, fluido, pois não tem um território específico, circulando e abrangendo todo o campo social”.

Importante fazer, neste ponto, um recorte de classe, porque enquanto das mulheres da burguesia eram preparado que se preparassem para o casamento e dedicação aos cuidados com o lar, as mulheres pobres iam trabalhar para a fábrica trabalhar e as negras eram vistas como naturalmente propensas ao prazer, à prostituição – eram hiperssexualizadas.

Nos trópicos, os diferentes papéis sexuais estabelecidos às mulheres mais abastadas e mais pobres, também divididas pela raça, era consubstanciado no dito popular: “branca pra casar, mulata pra foder e negra pra trabalhar”. (PRIORE, 2014, p. 46). Diferentes “mulheres”, diferentes relações de poder, diferentes formas de subjetivação e opressão.

Em sociedades nas quais a interação entre homens e mulheres se dá de forma mais simétrica, nas quais as relações entre os gêneros são marcadas pela igualdade e complementariedade, violências de gênero, como o estupro, são bem menores, ao passo em que nas sociedades mais sexistas a ocorrência de estupro é significativamente mais elevada. (VILHENA; ZAMORA, 2014, p. 123). A interação entre homens e mulheres se consolidou a partir da visão masculina, que vê no gozo feminino uma comprovação de sua virilidade, pois a relação sexual se mostra como uma relação social de dominação, eis que fundada na divisão entre o masculino (ativo) e o feminino (passivo). (BOURDIEU, 2012, p. 30-31).

A socialização masculina e feminina reforça as normas de gênero e naturaliza a violência sexual.

A mulher foi socializada para conduzir-se como caça, que espera o “ataque” do caçador (...) o homem foi educado para ir à caça, para, na condição de macho, tomar sempre a iniciativa (...). Os condicionamentos sociais induzem muitos a acreditar na incontrollabilidade da sexualidade masculina. (SAFFIOTI, 2011, p. 27).

Por tais considerações, o estupro tem sido inserido no debate referente às violências de gênero devido a sua relação com o patriarcado e a dominação masculina.

6 O estupro enquanto questão de poder

Em uma cultura na qual o machismo é estrutural e a dominação masculina é estabelecida como se fizesse parte da ordem das coisas, onde a mulher é representada enquanto um objeto, um indivíduo a serviço de outro, o estupro não é apenas uma questão de satisfação de desejos, mas se torna uma questão de poder e de (re)afirmação do controle e da virilidade do homem.

Nas sociedades burguesas, o controle da sexualidade é central para o controle do sujeito e formação das subjetividades. Neste contexto, o estupro, mais do que uma forma de satisfação de desejo, se trata de um modo de exercer controle sobre a sexualidade feminina. Diante das problematizações trazidas pelos estudos de gênero, pode-se afirmar que o foco do estupro não é tão somente a satisfação sexual do agressor.

Do mesmo modo, o assédio sexual nem sempre tem por fim exclusivamente a posse sexual que ele parece perseguir: o que acontece é que ele visa, com a posse, a nada mais que a simples afirmação da dominação em estado puro. (BOURDIEU, 2012, p. 31).

O estupro é parte integrante e funcional do patriarcado¹¹. Mais do que um crime tipificado no Código Penal, é um crime de gênero. Na modernidade, como o patriarcado se articulou com o capitalismo e a sociedade burguesa alterou os paradigmas do conhecimento, segundo seus interesses, o saber científico naturalizou comportamentos, justificando atitudes enquanto pertencentes, naturalmente, a cada gênero. Deste modo, atitudes como agressividade, possessividade, propensão à violência, foram construídas socialmente enquanto parte da natureza do homem, razão pela qual passou às mulheres o dever de entender e relevar quando os homens agissem de modo brusco, violento, agressivo.

Nota-se, ao analisar casos de estupro, que não são apenas mulheres adultas que são vítimas, mas também crianças, idosas, o que demonstra que se trata de uma relação de poder, uma forma de mostrar às vítimas (mulheres) quem manda, quem domina, quem é o proprietário. Estupro é sobre dominação.

Podem ser vítimas desse tipo de violência desde bebês e meninas pequenas a mulheres muito idosas – portanto o ato pouco tem a ver com a busca por sexo, com atração erótica, com necessidade de contato, com virilidade ou com resposta a sedução, mas tem muito a ver com a reafirmação de quem manda. A gratificação sexual do agressor pode até ocorrer, mas esse não é o objetivo primordial do ato. Está relacionado a poder, propriedade, manutenção de privilégios. (ZAMORA, 2007, p. 313).

As formas de relações de poder que permeiam a construção social da masculinidade e feminilidade, regidas por uma heterossexualidade compulsória e idealizada, são desmascaradas pelo estupro e fazem do problema da violência de gênero um problema social a ser enfrentado.

As mulheres são as maiores vítimas de estupro justamente porque há uma dominação masculina e uma cultura do estupro que relativiza, ou mesmo justifica, tal ato.

7 Cultura do estupro e culpabilização da vítima

Há, no Brasil, uma cultura do estupro que mascara a violência de gênero e delimita espaços, deixando subentendido os papéis a serem exercidos e o lugar social que as mulheres devem ocupar.

A expressão cultura do estupro, que é uma decorrência do patriarcado, tem sido utilizada para nomear a imposição de condutas sociais às mulheres e consequente culpabilização destas quando

11 De acordo com Saffioti (2011, p. 44) patriarcado “é o regime da dominação-exploração das mulheres pelos homens”. O patriarcado, deste modo, se manifesta pelo controle do homem sobre a família, ou seja, esposa, filhos e subordinados. Percebe-se, assim, que o berço da dominação sobre as mulheres está na forma de organização patriarcal, que remodelou os papéis de gênero e confinou a mulher aos espaços privados, restringindo sua participação nos espaços de poder.

vítimas de violência de gênero, uma vez que a agressividade foi naturalizada nas sociedades modernas ocidentais enquanto uma característica tipicamente masculina. Utiliza-se o termo cultura do estupro, também, para designar a tolerância, e mesmo o incentivo, à violência perpetrada contra as mulheres.

Nessa perspectiva, a violência de gênero é mitigada, chegando mesmo a ser justificada, porquanto há um discurso hegemônico que traça um perfil de feminilidade e considera como desviante a mulher que o transgride.

Desde pequenas as crianças são socializadas a reproduzirem um modelo de masculinidade e feminilidade, que exige dos meninos um comportamento agressivo, dominador e das meninas uma postura delicada, submissa. As meninas são ensinadas que, se tiverem um bom comportamento, não 'atrairão' problemas.

Essa forma de educação preventiva direcionada às meninas faz parte da cultura do estupro, pois busca ensinar as mulheres, desde a infância, sobre como elas devem se comportar para não "atraírem" possíveis estupradores. Quando se diz para alguém que não deve se comportar de determinada forma para não ser estuprada, se está a retirar do estuprador parte, ou a totalidade, de sua culpa.

Nessa perspectiva, se uma mulher sai do espaço tido como tipicamente feminino e vem a ser estuprada, este ato de violência, física e simbólica, se torna (em maior ou menor grau) socialmente justificável pela cultura do estupro. A mulher, nessa hipótese, foi estuprada porque mereceu, porque transgrediu. Nota-se o quão misógina é esta cultura do estupro, que se manifesta relativizando a violência experimentada pela mulher, tornando-a cúmplice ou merecedora. E faz com que a própria vítima se sinta envergonhada e culpada.

Também faz parte da cultura do estupro nomear o estupro de forma diversa, como ocorre na hipótese dos estupros contra as índias ou mulheres escravizadas pelos colonizadores, que recebe o nome de miscigenação.

No Brasil, chamou-se romanticamente de "miscigenação" e de "mestiçagem" ao estupro sistemático de mulheres e meninas índias, negras e mestiças, iniciado a partir da chegada do invasor português e perpetuado por séculos de escravidão". (VILHENA; ZAMORA, 2014, p. 116).

Essa mistura do machismo com o racismo, que são estruturais na sociedade, banalizam ainda mais a violência contra a mulher negra, já que há um imaginário popular de que essas mulheres são naturalmente dotadas de maior lascívia.

A cultura do estupro, entre suas formas de naturalizar ou relativizar a violência contra a mulher, faz parecer que existem situações nas quais a mulher "pede" para ser estuprada. Se uma mulher sai de casa arrumada, ou com maquiagem, ou com roupas mais curtas, e é estuprada, costuma ouvir que foi ela quem pediu, pois se vestiu de determinada forma porque estava disposta a arrumar um parceiro. Ou então cobra-se da mulher que ela, sozinha, consiga resistir ao ataque do estuprador, repudiando o ato de

forma eficaz, que faça o agressor realmente entender que há uma negatória.

Uma explicação que procura defender os homens e transferir a responsabilidade às mulheres é a de que elas consentiram no ataque, sem se defender de verdade ou até pediram por ele, usando roupas curtas, apertadas, perfume, cabelo e maquiagem chamativos. (ZAMORA, 2007, p. 331).

Outra forma de culpabilizar as mulheres vítimas de estupro é a mentalidade de que mulheres gostam de ser dominadas, ou que faz parte da feminilidade dizer não, quando na realidade se quer dizer sim, o que leva aos homens a “insistir”. Ou seja, quando a mulher fala não, interpreta-se que está falando um sim de modo velado. A negatória é entendida enquanto um incentivo, um estímulo.

A cultura do estupro, ao promover a tolerância aos assédios, nomeados de elogios, perpetua a compreensão de que a mulher fala não querendo dizer sim, que afasta o “pretendente” para atraí-lo. Sobre esse falso imaginário, Zamora demonstra que há pessoas que tentam justificar o estupro ao dizerem que mulheres tem preferência por “homens de verdade e de que é impossível distinguir entre um não verdadeiro e um não fingido, que, na verdade, pretende excitar e estimular um ataque mais vigoroso.” (ZAMORA, 2007, p. 331).

Essas “justificativas” que explicam ou relativizam o estupro não fazem sentido, pois consideram a mulher culpada pelo ato de violência contra elas cometido. “Quando uma mulher diz 'não', deve-se compreender de uma vez por todas que é 'não'”. (VIGARELLO, 1998, p. 214). Os códigos de masculinidade e feminilidade são construídos para estimular comportamentos e induzir subjetividades, relativizando a violência em nome de uma suposta determinação biológica.

A cultura do estupro é também um viés normalizador dos dissidentes de sexo, gênero e sexualidade, tanto que existe o denominado estupro corretivo, isto é, uma forma de estupro perpetrada como modo de 'corrigir' a sexualidade. É o que ocorre com lésbicas, pessoas bissexuais ou trans, quando um grupo de pessoas se reúne para estuprá-las com a 'justificativa' de lhes corrigir a sexualidade.

Essa tolerância, e mesmo incentivo, à violência de gênero através do estupro tem impacto diretamente na forma como a sociedade analisa os casos de estupro e qual o tratamento conferido às vítimas. Uma pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, o IPEA, mostrou, através de dados estatísticos, que a percepção da população sobre a violência de gênero, incluindo o estupro, ainda é ambígua.

Boa parte dos entrevistados entende ser correto o primado do homem sobre a mulher e, embora entendam que a violência física não deve ser tolerada, pensam que questões afetas ao relacionamento conjugal ou à família devem ser resolvidas na esfera privada (todavia, é majoritário o consenso de que maridos que usam de violência física contra esposas devem ser presos). (IPEA, 2014b, p. 25). Ao mesmo tempo, quase três quintos dos entrevistados culpabilizaram (total ou parcialmente) as vítimas de

estupro alegando que o comportamento das vítimas é causa determinante do estupro.

Grande percentual dos entrevistados, aproximadamente 90%, concordaram que os casais devem resolver seus problemas na esfera privada e que ninguém deve se intrometer. Ora, se roupa suja se lava em casa, subentende-se que as próprias vítimas deverão procurar resolver os problemas com seus agressores, sem recorrer à tutela do Estado na esfera criminal.

Por este pressuposto, na hipótese da mulher que sofre violência doméstica procurar ajuda, mas depois reatar o relacionamento com seu parceiro, ela é culpabilizada, é taxada como aquela que gosta de apanhar. Essa culpabilização ocorre até mesmo nos espaços que deveria oferecer apoio, como nos serviços judiciais, de saúde e atendimento. (IPEA, 2014b, 21-22).

Em uma sociedade patriarcal, na qual vigora uma heterossexualidade¹² compulsória e idealizada, as agressões contra mulheres pressupõem uma relação de dominação do masculino sobre o feminino – relação de poder. Nesse sentido, a concepção naturalizada do masculino enquanto viril relativiza ou justifica o estupro.

[...] todas as agressões sexuais supõem um tipo de relação de dominação homem-mulher, sintomática de uma certa escolha da sociedade [...] consciente ou inconscientemente, um mundo de valores masculinos justificou efetivamente o estupro pela 'natural virilidade agressiva' do homem e pela 'passividade masoquista' da mulher, noções que procedem de uma espécie de fatalidade fisiológica; - Que esse esquema explica a culpabilização e o mutismo das mulheres estupradas. (VIGARELLO, 1988, p. 211).

A par de tais considerações, tem-se que o estupro, enquanto uma forma nefasta de violência de gênero, além de deixar traumas nas vítimas, ainda torna as mulheres vítimas duas vezes quando a sociedade lhes culpabiliza, atribuindo responsabilidade parcial ou total sobre a violência sofrida. O estupro tem uma lógica antidemocrática que tira a responsabilidade de quem detém o poder.

A lógica do estupro que é antidemocrática em seu âmbito mais íntimo e que serve para desresponsabilizar quem detém o poder. A melhor definição de ditadura que podemos usar é essa: ditadura é quando o poder mata sem precisar responsabilizar-se pelo que faz. O poder inventou a lógica do estupro, ou o estupro inventou a lógica do poder? A resposta é mais que simples". (TIBURI, 2015).

Essa culpabilização das vítimas, sintomática dos padrões impostos às mulheres, aparada pela cultura do estupro, trata-se de mais uma das formas de reafirmar as desigualdades de gênero e o controle da sexualidade feminina em uma sociedade que subjuga tudo o que remete à feminilidade.

8 Conclusão

Do quanto exposto, depreende-se que a ciência do sexo, frente à emergência do biopoder,

12 Essa heterossexualidade não é apenas uma forma de desejo ou prática, mas sim, no entender de Preciado (2011, p. 12) "um regime político que faz parte da administração dos corpos e da gestão calculada da vida no âmbito da biopolítica".

naturalizou a subjugação feminina, formando um sujeito que não é sujeito. Criou-se uma identidade cristalizada para o gênero feminino a partir de uma lógica binária.

Ao naturalizar a feminilidade, a ciência do sexo naturalizou, também, a violência física, simbólica e mascarou a dominação masculina.

A dominação masculina se mantém e reafirma pela subjugação do feminino, pelo confinamento deste aos espaços de interioridade e passividade. Espaços privados. Neste contexto, o estupro, enquanto uma forma de violência oriunda de relações de poder entre os gêneros, trata-se de mais um mecanismo de controle do corpo e da sexualidade feminina, porquanto demonstra quem tem o domínio, quem prevalece sobre quem.

Em uma sociedade que (re) constrói discursivamente a figura feminina enquanto naturalmente dotada de passividade, subserviência, gerando um sujeito coisificado, a cultura do estupro relativiza ou justifica a violação do corpo e do prazer das mulheres.

Deste modo, a culpabilização social atribuída às mulheres vítimas de estupro é sintomática de uma sociedade androcêntrica que impõe padrões de comportamento, tratando-se, pois, de mais uma forma simbólica de fixação e manutenção de subjetividades.

Com apoio na teoria *queer*, que propõe uma analítica da normalização e incentiva a transgressão enquanto prática emancipatória, mesmo diante de todos os aparatos normalizadores, há possibilidade de resistência.

A própria compreensão de que sexo, gênero e sexualidade são construções discursivas já dão margem para uma série de questionamentos e desconstruções. Isto porque as categorias de gênero – o é ser homem e o que é ser mulher – são importantes instrumentos para a naturalização da dominação masculina.

Os estudos *queer*, ao proporem uma libertação das determinações identitárias e do essencialismo biológico, rompem com a lógica binária que estabelece quais corpos são inteligíveis e quais são relegados a abjeção. Uma vez que o corpo é alvo de disputa, desestabilizar os discursos sobre o corpo trata-se de um importante passo para romper a lógica binária, que produz exclusão e hierarquia.

Referências

BOURDIEU, Pierre. **A dominação masculina**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2012.

BUTLER, Judith. **Problemas de gênero: feminismo e subversão da identidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

CARVALHO, Salo de. **Sobre a Criminalização da Homofobia: Perspectivas desde a Criminologia Queer**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 99. 2012. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/rbccrim/108-/?ano_filtro=2012>. Acesso em: 01 set. 2015.

CHANTER, Tina. **Gênero: conceitos-chave em filosofia**. Porto Alegre: Artmed, 2011.

- FALCONNET, Georges; LEFAUCHEUR, Nadine. **A fabricação dos machos**. Rio de Janeiro: Zahar, 1977.
- FOUCAULT, Michel. **História da Sexualidade: a vontade de saber**. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2014.
- HERMENEGILDO, Gil Ricardo Caldeira. **Direito e sexualidade: uma análise queer do fenômeno jurídico brasileiro atual e uma proposta para sua reconstrução em bases não normalizadoras das identidades homossexuais**. 2012. 192f. Dissertação (Mestrado) – Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, Programa de Pós-Graduação em Direito, Belo Horizonte. Disponível em: <http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_HermenegildoGRC_1.pdf>. Acesso em: 18 jun 2016.
- IPEA. **Estupro no Brasil: uma radiografia segundo os dados da saúde**. n. 11, 2014a. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/140327_notatecnicadiest11.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- IPEA. **Sistema de Indicadores de Percepção Social sobre a Tolerância social à violência contra as mulheres**. 2014b. Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/SIPS/140327_sips_violencia_mulheres.pdf>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- LOURO, Guacira Lopes. **Um corpo estranho: ensaios sobre sexualidade e teoria queer**. Belo Horizonte: Autêntica, 2004.
- LOURO, Guacira Lopes. **Gênero, sexualidade e educação: uma perspectiva pós-estruturalista**. Petrópolis, Rio de Janeiro: Vozes, 1997.
- MISKOLCI, Richard. A Teoria Queer e a Sociologia: o desafio de uma analítica da normalização. In: **Sociologias**, Porto Alegre, ano 11, nº 21, 2009, p. 150-182. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/soc/n21/08.pdf>>. Acesso em: 01 set. 2015.
- MISKOLCI, Richard. **Teoria Queer: um aprendizado pelas diferenças**. Belo Horizonte: Autêntica, 2012.
- PRECIADO, Beatriz. Multidões queer: notas para uma política dos “anormais”. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 19, n. 1, p. 11-20, jan/abril, 2001. Disponível em: <<https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/S0104-026X2011000100002>>. Acesso em: 10 out. 2015.
- PRIORE, Mary Del. **Histórias íntimas: sexualidade e erotismo na história do Brasil**. 2. ed. São Paulo: Planeta, 2014.
- TIBURI, Márcia. **Lógica do Estupro: tudo começa com uma inversão**. Revista Cult. Disponível em: <<http://revistacult.uol.com.br/home/2014/04/logica-do-estupro/>>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- SAFFIOTI, Heleieth Iara Bongiovani. **Gênero, Patriarcado e Violência**. 2011.
- SARTI, Cynthia Andersen. O feminismo brasileiro desde os anos 1970: revisitando uma trajetória. In: **Revista Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 2, n. 12, p. 35-50, 2004. Disponível em: <<https://pt.scribd.com/doc/133245656/SARTI-Cynthia-Feminismo-Brasileiro-desde-os-anos-70-pdf>>. Acesso em: 18 jun 2016.
- VIGARELLO, Georges. **Historia do Estupro: violência sexual nos séculos XVI – XX**. Rio de Janeiro: Editora Jorege Zahar, 1998.
- VILHENA, Junia de; ZAMORA, Maria Helena. **Além do ato: os transbordamentos do estupro**. Disponível em: <http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_JuniaVilhena.pdf>. Acesso em: 18 jun 2016.
- WELZER-LANG, Daniel. **A construção do masculino: dominação das mulheres e homofobia**. Revista Estudos Feministas, Florianópolis, v. 9, n.2, p. 460-482, 2001.
- ZAMORA, Maria Helena. **A Burca: notas para a compreensão do estupro**. Vivência, n. 32, p. 311-320, 2007. Disponível em: <http://www.forumrio.uerj.br/documentos/revista_12/12_dossie_JuniaVilhena.pdf>. Acesso em: 18 jun 2016.



FORMALIZAÇÃO E ECONOMIA POPULAR SOLIDÁRIA: o modelo de pessoa jurídica como sintoma da colonialidade do poder

Flávia Almeida Pita¹

RESUMO: A partir do conceito de colonialidade do poder (QUIJANO), apresentam-se reflexões a partir da hipótese de que a imposição de uma personalidade jurídica, estruturada e procedimentalizada segundo os cânones tradicionais do Direito ocidental, aos grupos produtivos da Economia Popular Solidária, é incompatível com seus modos originais de convivência e atuação e, por isso, representa uma via aberta à precarização do trabalho coletivo autogestionário. O texto concentra-se na discussão teórica, permeada pelas observações colhidas em experiências extensionistas desenvolvidas na Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária, programa de extensão da UEFS.

Palavras-chave: Colonialidade do Poder. Economia Popular Solidária. Descolonização Jurídica. Formalização. Trabalho Coletivo Autogestionário.

ABSTRACT: From the concept of coloniality of power (QUIJANO), it presents reflections from the hypothesis that the imposition of a legal personality, structured and proceduralized according to the traditional canons of western Law, to productive groups of the Solidarity and Popular Economy is incompatible with their original ways of living and acting and therefore is a way open to the precariousness of self-managed collective work. The text focuses on the theoretical discussion, permeated by observations made in extension experiences developed in the Incubator of Solidarity and Popular Economy Initiatives,), extension program of the UEFS.

Keywords: Coloniality of Power. Solidarity and Popular Economy. Decolonization of Law. Formalization. Self-managed Collective Work.

1 Introdução

O trabalho coletivo, exercido de forma autogestionária, tem sido apontado como um caminho para a construção e fortalecimento de relações econômicas e experiências de produção que contradizem a lógica hegemônica do capitalismo. São traços característicos centrais de tais arranjos econômicos alternativos, não obstante sua heterogeneidade, a organização de coletivos de trabalhadores que têm como pretensão atuar de forma autogestionária, fora da lógica da exploração do trabalho pela

¹ Professora Assistente do Curso de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana-UEFS (Bahia, Brasil). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco- UFPE. Integrante da Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária da UEFS – IEPS/UEFS e do Grupo de Estudos e Pesquisas em Economia Popular e Solidária e Desenvolvimento Local Solidário. Procuradora do Estado da Bahia.

apropriação da mais-valia, assumindo como valores centrais a solidariedade (em oposição ao individualismo e competitividade das práticas hegemônicas) e a ressignificação do trabalho como potencializador de uma vivência e uma subjetividade emancipadora e comunitária.

No quadro de crise da sociedade do trabalho (ANTUNES, 2005), o discurso e as práticas da Economia Popular Solidária são por vezes apontadas como consequências e cúmplices dos arranjos do capital na busca de alternativas para a absorção de um volume cada vez maior de trabalhadores que não se adequam ao modelo do proletariado fabril estável, para o que serve de indício o fato de que os trabalhadores e trabalhadoras deste universo frequentemente enfrentam condições precarizadas de trabalho (insegurança, baixa remuneração, falta de acesso ao sistema de seguridade social etc.). A pesquisa em que se insere o presente texto, visa, em especial, a contribuir para a compreensão e o fortalecimento da Economia Popular Solidária, e mais especificamente, para a dissolução dos laços que mantém ou pode manter com a precarização do trabalho.

Nesse sentido, parece compactuar para tal realidade de precarização o fato de que uma parte considerável das iniciativas da Economia Popular Solidária não chega a formalizar-se como uma pessoa jurídica². Há indícios que este percentual seja ainda maior, já que a informalidade, em si, é um obstáculo à identificação dos grupos pelos levantamentos oficiais.

A formalização dos grupos produtivos tem no sistema jurídico seu primeiro e maior obstáculo. O arcabouço jurídico resulta em uma realidade excludente: onerosidade e complexidade da formalização, falta de clareza do sistema tributário, inacessibilidade da burocracia estatal (penetrável tão somente por meio de documentos escritos), profusas exigências procedimentais e contábeis no transcorrer da existência das pessoas jurídicas (contraditoriamente acentuadas no caso das cooperativas, o tipo organizativo, em tese, mais aproximado dos ideais da Economia Popular Solidária). São todos fatores, enfim, que afastam e imobilizam pessoas que compartilham as desvantagens da exclusão econômica e de experiências frustradas de educação formal.

Até o momento pesquisas que vínhamos desenvolvendo junto à Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária da UEFS – IEPS-UEFS³, concomitantemente a outros esforços idênticos⁴, voltavam-se à identificação de um formato jurídico mais adequado às iniciativas da economia popular e solidária no Brasil. Constatou-se, então, que os formatos disponíveis – a associação e as sociedades

2 O último Relatório do Sistema Nacional de Informações em Economia Solidária (SIES), da Secretaria Nacional de Economia Solidária (MTE. SIES, 2013), relativo ao período de 2010-2012, indica que dos 19.708 EES catalogados, 6.018 correspondem a grupos informais (30,5%). A forma preponderante é a associação (60%), seguida da Cooperativa (8,8%). Outras “sociedades mercantis” correspondem a 0,6% do universo pesquisado.

3 Programa de Extensão e pesquisa multidisciplinar da Universidade Estadual de Feira de Santana, Bahia, cuja equipe a Autora integra desde 2010. Maiores informações são acessíveis no endereço <<http://incubadorauefs.blogspot.com.br/>>.

4 Citam-se como exemplos KRUPPA et al. (2012) e SANCHEZ (2012).

empresárias e simples, entre as quais se destaca a cooperativa – por maiores ou menores razões, de ordem burocrática, tributária, contábil, ou econômica – não respondiam à realidade a que deveriam acolher. A pergunta que se fazia era: qual seria o tipo de pessoa jurídica que melhor atenderia a necessidade de formalização jurídica dos grupos?

O avançar das pesquisas e o amadurecimento das reflexões começaram, então, a exigir uma perspectiva diversa. A aposta na formalização, mesmo que a partir de um tipo jurídico renovado ou adaptado, passou a ser atravessada por outros questionamentos, estimulados em especial pelas reflexões em torno do conceito de colonialidade do poder (QUIJANO, 1992): ela representaria, de fato, uma mudança no quadro que afasta os grupos da Economia Popular e Solidária do reconhecimento jurídico? Não seria esta via ainda presidida por uma lógica estrangeira às experiências que se deseja tutelar, impregnada por valores e estruturas pertencentes a uma rede de sentidos (SOMBRA, 2015) imposta aos povos colonizados sob a lógica da racionalidade moderna de origem europeia, produzida a partir do processo de divisão do trabalho imposto pelo capitalismo mundial?

A hipótese que se está formular – e este texto reflete tão somente o início deste processo – aponta, assim, para um sentido ainda não explorado. No lugar da busca por um tipo jurídico mais adequado à formalização dos coletivos de trabalhadores da Economia Popular Solidária, passa-se a entender que o desafio seja a adaptação do ordenamento brasileiro para o reconhecimento das relações jurídicas travadas por eles, sem que se constituam como pessoas jurídicas. Em outras palavras, o reconhecimento de sua condição de sujeitos de direito coletivos, sem que seja necessária a formalização, no sentido assumido pela tradição jurídica eurocentrada, ressignificando-se a própria categoria da informalidade.

No seu horizonte mais distante, a pesquisa visa a encontrar resposta para a seguinte questão: seria viável o redirecionamento da luta política no campo da normatividade estatal em direção à construção de um arcabouço jurídico que acolha e reconheça os grupos em sua original formação?

Supondo-se, então, a afirmativa – e partindo-se da convicção de que produzir conhecimento só se justifica se tem como horizonte próximo a transformação desintegradora dos processos de empobrecimento, da exploração e da opressão –, pretende-se igualmente, a partir da observação de experiências reais, imaginar e propor elementos para a arquitetura jurídica dessa via alternativa, capazes de desvincular, ou minimizar, a ausência de forma jurídica tradicional da precarização dos coletivos autogestionários de trabalhadores.

A pesquisa projetada tem como primeira premissa metodológica a compreensão de que, não importa o tipo de conhecimento científico, o cientista não se aparta de seu objeto de estudo (não há espaços vazios entre “sujeito” e “objeto”), por que não se aparta do mundo que constrói a partir da linguagem, não sendo mesmo possíveis o “descompromisso”, a “ordem”, a “estabilidade”, tão caras ao

conceito tradicional de ciência. Assim, acredita-se que todo conhecimento científico-natural é científico social, todo conhecimento é local, é autoconhecimento e visa constituir-se em senso comum – senso comum com o qual os seres humanos dão sentido às suas vidas (SANTOS, 2010, p. 88).

Em seguida, o olhar que se lança sobre a realidade pesquisada objetiva identificar os múltiplos fatores que para ela contribuem, considerando que toda formação social é contraditória, dinâmica e histórica, e – não obstante a sua totalidade não possa ser abarcada de forma categórica e objetiva, nos moldes cartesianos de ciência – que a observação da realidade, a partir das categorias teóricas propostas (Economia Popular Solidária, descolonização jurídica, formalização, em especial), pode conduzir à síntese de um novo caminho. Ademais, para a pesquisadora, a compreensão da realidade não se constitui em um objetivo em si, mas declaradamente uma via para produzir mudanças, para contribuir na construção de relações humanas mais equânimes.

Neste texto, em específico, apresentam-se reflexões iniciais acerca da colonialidade do poder (QUIJANO, 1992) e de sua apropriação pela instância sócio-jurídica, por meio da ideia de descolonização jurídica, bem como se inicia a leitura do problema da formalização jurídica dos grupos produtivos da Economia Popular Solidária sob o filtro deste referencial teórico.

2 Colonialidade do poder e descolonização jurídica

O conceito de colonialidade do poder, desenvolvido originalmente pelo sociólogo peruano Aníbal Quijano (1992), desvela a permanência da relação de dependência mantida entre a Europa e os povos por ela colonizados – especialmente na América Latina –, de um modo que vai muito além das relações de subserviência econômica: sob perspectiva sobretudo epistemológica, a configuração dos sentidos que ordenam a compreensão do mundo, das subjetividades, das relações, do conhecimento, do trabalho, mantém-se regida sob a lógica construída e disseminada, desde o final do século XV, pela visão de mundo naturalizada pelos colonizadores europeus, legitimada pela estratificação a partir da noção de raça.

Tal processo, concomitante à consolidação do capitalismo, implicou, segundo Quijano (2005) na artificial construção histórica das realidades não europeias sob a lógica da onipresente relação capital-trabalho fabril, nos moldes do capitalismo industrial que paulatinamente se consolidava, mas sem a necessária correlação real com o que acontecia, especialmente fora da Europa: (:

Sin embargo, si existen 200 millones de esclavos, si la servidumbre personal está de regreso, si la pequeña producción mercantil es ubicua mundialmente, ya que es el elemento central de lo que se denomina "economía informal", si la reciprocidad, es decir, el intercambio de trabajo y fuerza de trabajo que no pasa por el mercado, están en proceso de re-expansión, entonces tenemos la obligación teórica e histórica de preguntarnos, si por lo tanto hay algo que no habíamos visto bien en esta idea de que el capitalismo generaba tal único patrón de clasificación social y creo que la conclusión es inevitable: esta idea era básicamente errónea porque nunca

ocurrió así y porque, con toda probabilidad, nunca ocurrirá así. Y creo que América Latina es un excelente ejemplo para mostrar que así no fue nunca. (QUIJANO, 2013, p. 151)

Há que se ressaltar que o pensamento de Quijano pode ser associado a todo um quadro teórico que tem recebido diferentes denominações e enfoques – estudos culturais, pós-coloniais, subalternos, decoloniais, – mas que se encontra na coincidência de uma postura crítica perante a racionalidade moderna eurocentrada. Não se trata, portanto, de uma voz isolada:

O projeto pós-colonial é aquele que, ao identificar a relação antagônica entre colonizador e colonizado, busca denunciar as diferentes formas de dominação e opressão dos povos. Como uma escola de pensamento, o pós-colonialismo não tem uma matriz teórica única, sendo associado aos trabalhos de teóricos como Franz Fanon, Albert Memmi, Aimé Césaire, Edward Said, Stuart Hall e ao Grupo de Estudos Subalternos, criado na década de 1970 pelo indiano Ranajit Guha. (ROSEVICS, 2014)

Aníbal Quijano assume para a pesquisa, no entanto, relevância de destaque na medida em que se preocupa em apontar a vinculação entre colonialidade do poder e um projeto de capitalismo mundial, associado a uma estrutura global de controle do trabalho, baseada nas relações que se contruíram no processo de colonização a partir da divisão racial:

O controle do trabalho no novo padrão de poder mundial constituiu-se, assim, articulando todas as formas históricas de controle do trabalho em torno da relação capital-trabalho assalariado, e desse modo sob o domínio desta. Mas tal articulação foi constitutivamente colonial, pois se baseou, primeiro, na adscrição de todas as formas de trabalho não remunerado às raças colonizadas, originalmente índios, negros e de modo mais complexo, os mestiços, na América e mais tarde às demais raças colonizadas no resto do mundo, oliváceos e amarelos. E, segundo, na adscrição do trabalho pago, assalariado, à raça colonizadora, os brancos. Essa colonialidade do controle do trabalho determinou a distribuição geográfica de cada uma das formas integradas no capitalismo mundial. Em outras palavras, determinou a geografia social do capitalismo: o capital, na relação social de controle do trabalho assalariado, era o eixo em torno do qual se articulavam todas as demais formas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos. (QUIJANO, 2005, p. 120)

Se tomarmos o Direito – ou, como prefere Michel Mialle, a instância jurídica – como um “sistema de comunicação formulado em termos de normas para permitir a realização de um sistema determinado de produção e de trocas econômicas e sociais” (MIALLE, 2005, p. 96), intui-se a importância política da tarefa de compreender como se disciplinam os encontros/desencontros de diferentes esferas de interesse, produzem-se formas para conviver, transformar ou resolver os conflitos que refletem um universo simbólico diverso do que foi naturalizado como produto da razão humana nas estruturas jurídicas presentes no Direito ocidental capitalista – e acolhidas, no dizer de Boaventura de Souza Santos (2007), pelos povos situados ao sul da linha abissal, irmanados no mesmo passado colonial, na herança de um conhecimento produzido de modo a separar visíveis de invisíveis, e em uma estrutura jurídica correspondente, que reproduz uma lógica exterior, a legitimar a exclusão:

Durante el transcurso de la colonización de las naciones latinoamericanas, predominó la reproducción eurocéntrica de una cultura de derecho filosófico y un aparato jurídico impuesto por el poder hegemónico de las Metrópolis.[...]

Consecuentemente, el escenario histórico de la cultura jurídica como producto de la actividad humana y espacio legitimado para reflexionar sobre la justicia, las normas de conducta y los valores jurídicos esenciales acabó prestándose a legitimar formas conceptuales abstractas, manifestaciones institucionales disociadas de praxis social y exaltación erudita de codificaciones importadas de las metrópolis. (WOLKMER, 2012)

É, assim, sob a perspectiva da descolonização⁵ que se deseja pensar as experiências de trabalho coletivo que vêm sendo reunidas sob a expressão Economia Popular Solidária.

3 Economía popular solidária

Economía Social, Alternativa, Invisível, Subalterna, Periférica, Solidária, Economía Popular Solidária⁶: dentre as diversas denominações para ela utilizadas, a versão escolhida intenta agregar às notas distintivas do que se vem denominando de Economía Solidária – “atividades econômicas organizadas segundo princípios de cooperação, autonomia e gestão democrática” (LAVILLE; GAIGER, 2009, p. 162) – o caráter de uma economia política dos setores populares (LIMA, 2014, p. 74,) Economía Popular e Solidária, neste sentido

[...] trata-se de uma expressão que demarca uma passagem de transição organizativa, por vezes vinda de economía popular, bem como pela representatividade epistemológica forjada na América Latina[...].

Atua, de maneira geral, desconstruída, sob o protagonismo popular que se manifesta em trabalhos familiares e coletivos, pela escolha por atividades autônomas ou por não se adequar ao modelo mercadológico vigente ou, ainda, por opção consciente em relação a outro modelo socioprodutivo (LIMA, 2014, p. 73).

Pondo de lado neste espaço discussões quanto ao grau de fechamento sistemático⁷ e a concretização efetiva de seus princípios e objetivos, é certo que, no Brasil, a Economía Popular Solidária traduz-se em números expressivos⁸, tendo sido catalogados, segundo o último mapeamento realizado

5 Não obstante aqui se opte pelo termo “descolonial”, é corrente o uso de “decolonial”. Segundo Larissa Rosevics (2014), o termo “decolonial” é proposto por Walter Dignolo, “para diferenciar os propósitos do Grupo Modernidade/Colonialidade e da luta por descolonização do pós-Guerra Fria, bem como dos estudos pós-coloniais asiáticos.”

6 Uma boa retrospectiva sobre a gênese e utilização das diversas expressões, no Brasil e fora dele, em LECHAT (2002)

7 Como tentar responder se a Economía Solidária corresponderia a um modo de produção alternativo ao capitalismo, por exemplo, como afirma Paul SINGER (2002). Para essa discussão remete-se a SCHMIDT (2013).

8 Remete-se à obra *Produzir para Viver: os caminhos da produção não capitalista*, organizada por Boaventura de Souza Santos (2005), representativa da multiplicidade e factualidade de tais experiências no resto do mundo.

pela então Secretaria de Economia Solidária – SENAES (2013)⁹, cerca de 1.500.000 trabalhadores e trabalhadoras, em cerca de 20.000 iniciativas (EES¹⁰).

Mesmo sendo necessárias e pertinentes as críticas a uma aproximação romântica e utópica do universo da Economia Popular Solidária, entende-se, igualmente, que ela pode ser uma efetiva via para o nebuloso caminho “para além do capital” – apta a gerar “no seio mesmo da velha sociedade”, “as condições materiais de existência” de “novas relações de produção mais adiantadas” (MARX, 1982, p. 26) – desde que correlacionada a um projeto político de luta social, capaz de contribuir, processualmente, para o que Ricardo Antunes (2005, p. 92) chama de “condições sociais para o florescimento de uma subjetividade autêntica e emancipada, dando um novo sentido ao trabalho”.

Nesse passo, reconhecendo as contradições e obstáculos inerentes a tais experiências, e o risco de compactuarem com um cenário de precarização do trabalho¹¹, identifica-se nelas também potencial transformador, desde que construídas na perspectiva da luta de classes, do fortalecimento político de redes, “constituindo no imaginário coletivo a consciência da possibilidade da autogestão, desenvolvendo tecnologias alternativas às do capital adaptadas à autogestão plena e respeitadora do meio ambiente” (SCHMIDT, 2013, p. 26).

Na esteira dos três primeiros Fóruns Sociais Mundiais, ocorridos entre 2001 e 2003 em Porto Alegre, e da criação simultânea, em 2003, do Fórum Brasileiro de Economia Solidária, da SENAES e do Conselho Nacional de Economia Solidária, em 2006, são constatáveis, no Brasil, avanços na conformação de um aparato normativo e burocrático de suporte às iniciativas da Economia Popular Solidária.

Ainda se ressalta, todavia, que entre as “fraquezas da economia solidária que precisam ser superadas”, a ausência de um marco legal de fato responsivo a tal realidade é questão diversas vezes tangenciada pelo 1º Plano Nacional de Economia Solidária – 2015-2019, produto da 3ª Conferência Nacional de Economia Solidária:

9 A Reforma Ministerial Federal anunciada em 02 de outubro de 2015 promoveu a fusão entre o Ministério da Previdência e o Ministério do Trabalho e Emprego, criando o novo Ministério do Trabalho da Previdência Social. Não é conhecido, até o momento, o destino da antiga Secretaria de Economia Solidária.

10 Nomeados no levantamento oficial pela sigla *EES*, *empreendimentos de economia solidária*. Prefere-se, no entanto, evitar se o uso da palavra *empreendimento*, pela sua relação semântica com o contexto da organização capital-trabalho nos moldes capitalistas, contraditório, em tese, a nosso ver, com Economia Popular Solidária. Utilizar-se-á a sigla *EES*, assim, somente quando inevitável.

11 Partindo-se de um quadro multifatorial embalado pela crise do petróleo, esgotamento do modelo fordista-keynesiano e sua gradual substituição pela lógica toyotista, desregulação cambial e financeira imposta pelos Estados Unidos e consequente globalização financeira, desenvolvimento acentuado das tecnologias de informação e comunicação, o mundo entra, a partir dos anos 70, em um período de grandes mudanças do mundo do trabalho, em que se destaca fortemente a ideia de *precarização* da condição do trabalhador: aumento do desemprego e da pobreza, alargamento do setor terciário, do trabalho temporário, parcial, subcontratado, terceirizado, heterogeneização da classe trabalhadora, baixa remuneração e precária inserção nos sistemas de seguridade social, intensificação do trabalho, flexibilização do trabalho, retraimento da organização sindical (PASTORINI, 2004).

- Ausência de um marco legal da economia solidária que garanta o devido reconhecimento dos empreendimentos econômicos solidários, [...]
- Inexistência de uma figura jurídica de Empreendimento Econômico Solidário (EES), garantindo uma regulamentação e tributação adequadas à realidade dos EES, respeitando suas especificidades, e assegurando seu acesso aos direitos da previdência social; [...]
- Dificuldade de acesso à formalização dos empreendimentos econômicos solidários, sobretudo para aqueles que optam pela forma cooperativa, tendo em vista as barreiras legais de registro, os custos de manutenção e as obrigações fiscais que asfixiam aquelas iniciativas desde a sua origem. (CONAES, 2014, pp. 11-12)

Adicione-se que, mesmo considerando a produção legislativa que já se tem, a distância entre a direção apontada por tais normas, e a concretização de um aparato jurídico que, de fato, seja capaz de refletir as necessidades e a realidade das iniciativas de Economia Solidária no Brasil, ainda é muito grande. A própria SENAES reconhece, em balanço de sua atuação entre 2003 e 2010, que, quanto ao marco jurídico, “do ponto de vista do reconhecimento, da formalização e do tratamento tributário adequado aos EES, a atual legislação está ultrapassada e reduz experiências variadas de ES a determinadas formas legais que não consideram nem reconhecem a diversidade das organizações, além de impedir, na prática, o funcionamento de algumas delas” (SENAES/MTE, 2012, p. 44). Os avanços, assim, apontam para um destino sem a correspondente construção de uma via concreta para alcançá-lo, num bom exemplo do “fosso entre o excesso de sentido e o déficit de desempenho”, de que fala Boaventura de Souza Santos (2003, p. 40).

O que se quer, então, é investigar caminhos para a superação do citado déficit, situando-o sob o prisma da colonialidade, que impregna também o Direito, para pensar o problema específico da formalização das iniciativas de Economia Popular Solidária.

4 O problema da formalização jurídica de iniciativas da economia popular solidária

A questão da forma jurídica para os grupos que atuam sob a lógica da Economia Popular Solidária no Brasil é especialmente ressaltada a partir dos mapeamentos realizados pela SENAES, concluídos em 2007 (2005-2007) e em 2013 (2010-2013), que tornaram possível uma visão panorâmica dos tipos jurídicos mais utilizados na realidade das iniciativas. Particularmente a partir desses dados, podem ser identificadas investigações ao redor das tipologias jurídicas adotadas pelos grupos de Economia Popular e Solidária no Brasil e das discussões voltadas à formulação do marco legal brasileiro para essa outra Economia, de uma forma geral apontando-se para a necessidade de adaptação legal da sociedade cooperativa à realidade própria aos grupos populares da Economia Solidária, diante da constatação de que os tipos jurídicos existentes não respondem adequadamente às suas características.

As discussões em torno do marco legal para a Economia Popular Solidária parecem continuar, no entanto, desenvolvendo-se a partir de conceitos e estruturas jurídicas correspondentes a uma tradição

que, desconsiderando a realidade vivenciada pelos grupos, volta-se para modelos que estão a exigir um esforço descolonizador.

A lógica que dá suporte à discussão da informalidade dos grupos (calcada em noções como contrato, direito subjetivo individual, separação patrimonial, responsabilidade patrimonial) são heranças de uma tradição jurídica que, como todo o resto, reproduz parâmetros estranhos à história, experiências e realidade da maior parte da população latino-americana, impostos pelo processo colonizatório que, até hoje, deixa marcas e reproduz desigualdades em nossa realidade.

Segundo Vicente Ráo (1997, pp. 73-734), a noção de ente coletivo titular de capacidade jurídica, remonta a Roma, e se desenvolve a partir de então, agregando elementos do direito germânico (na prática da propriedade de mão comum – *Gesamtehand*) e do direito canônico, “que ampliou o conceito de instituição, atribuindo este caráter a todos os entes eclesiásticos [...], ou ofícios dotados de patrimônio e às fundações”. Nota-se, desde já, a força que a propriedade privada assume para o conceito, o que parece se recrudescer mais adiante, na medida em que a personificação jurídica assume um papel importante para o desenvolvimento do capitalismo com as companhias ultramarinas e, já no século XIX, com o desenvolvimento teórico da noção de sociedade comercial, com preponderância da função de separação do patrimônio dos sócios do da sociedade, mantendo-se aqueles a salvo dos riscos da atividade empresarial. Fabio Conder Comparato (1977, apud SILVA, 2002, p. 67) chega a concluir que “a personificação societária corresponderia – senão juridicamente, ao menos econômica e filosoficamente – a uma modalidade especial de exercício do direito de propriedade”.

Por outro lado, as estruturas jurídicas previstas para os sujeitos de direito coletivos (mesmo, em certa medida, para a sociedade cooperativa) correspondem a uma estrutura hierarquizada de poder, reprodutoras de modelos que, desde o Estado, parecem ser reconhecíveis nos arranjos sociais característicos das sociedades burguesas patriarcais. Observe-se, neste sentido, o conceito weberiano de associação:

O termo “associação” está reservado a uma relação social que é fechada para estranhos ou restringe sua admissão por regulamentos, e cuja autoridade é imposta pelas ações de indivíduos especificamente encarregados desta função, como, por exemplo, um dirigente ou chefe, geralmente incluindo um quadro administrativo. Estes funcionários normalmente também exercerão poderes plenos. A incumbência de uma posição executiva ou a participação nas funções do quadro administrativo constituirão a “autoridade governante” e poderão ser apropriados ou delegados de acordo com as regras obrigatórias da associação, estabelecidas em critérios ou procedimentos específicos. (WEBER, 2005, p. 87)

De forma muito diversa, na realidade dos coletivos de trabalhadores da Economia Popular Solidária, não é a propriedade comum, de regra, um elemento estruturador fundamental¹²: na maior parte

12 Não obstante, em alguns casos, o seja: é o caso, por exemplo, das chamadas comunidades de fecho e fundo de pasto do sertão baiano.

dos casos ela não existe, sendo a comunhão do trabalho, ou de uma herança cultural (como nos casos das comunidades tradicionais), os motivos que parecem justificar a reunião das pessoas.

Predominam, por outro lado, a mudança, a adaptabilidade aos desafios rotineiros, a rotatividade dos membros (que entram e saem ao sabor dos filhos gerados, do doente a exigir cuidados, da oportunidade de um trabalho temporário, de escolhas que precisam ser feitas). A vida, enfim, aponta no sentido diferente da permanência que fazem supor as exigências burocráticas para a constituição, modificação e extinção de uma pessoa jurídica.

Os modelos hierarquizados, por sua vez, constituem, em si, um obstáculo estrutural e cultural ao ideal de autogestão¹³ que norteia a Economia Popular Solidária:

Os regramentos da autogestão, que seriam os substitutos da hierarquia vigente no mundo capitalista, estão ainda em construção. A propriedade coletiva, ou associada, não está ainda incorporada à cultura, sobretudo quando se trata dos empreendimentos mais recentemente constituídos, como os que são normalmente incubados. As especializações segundo o talento, que foi um dos motores do desenvolvimento capitalista, ainda não foram substituídos por modelos de saber interdisciplinares e é mais difícil definir, nos EES, o papel de cada membro e o alcance e os limites de suas responsabilidades. O que se observa, nos ambientes de muitos EES que ainda não encontraram seus caminhos, é uma confusão de papéis por não haver definições sobre o que fazer em cada caso, como existe no quadro lógico da hierarquia (NUNES, 2009, P. 207).

Parece justificável acreditar, por fim, que, não importam quais sejam as características assumidas pela pessoa jurídica – mesmo considerando-se um renovado tipo societário ou associativo, mais adaptado às demandas da Economia Popular Solidária – a formalização nos moldes hoje praticados provavelmente continuará sendo um obstáculo na realidade brasileira de exclusão e de diversidade. A opacidade, que é marca do fenômeno jurídico tal qual o conhecemos (CÁRCOVA, 1998), e só é suplantada pelo acesso, caro e tortuoso, ao profissional com conhecimento especializado (o advogado, o contador). Quaisquer sejam as características de uma possível nova sociedade cooperativa, ela possivelmente representará pouca mudança para grupos saídos das camadas populares, a quem faltam dinheiro, informação, capacidade de compreensão de documentos escritos, e mesmo acesso geográfico, considerando que muitos desses grupos encontram-se na zona rural ou nas periferias das cidades¹⁴.

Simultaneamente, contudo, o suporte jurídico das relações que são travadas no interior dos grupos produtivos da Economia Popular Solidária, e entre os grupos e terceiros, é de grande importância

13 Toma-se o sentido de *autogestão* que não se basta no aspecto estritamente procedimental da tomada de decisões, mas, no dizer de Maurício Sardá de Faria, atenta para o “seu conteúdo utópico e o seu potencial anticapitalista”, sendo seu desafio “romper o isolamento e estender-se formando novas redes de intercâmbio para a produção material, colocando em causa o mercado concorrencial capitalista” (ano, pp. 279, 303). Autogestão, no sentido assumido pela pesquisadora, pressupõe, assim, um processo educativo para o protagonismo consciente e ativo de indivíduos autônomos, que, transpondo os limites da unidade produtiva, carrega em potência a possibilidade de uma “autoinstitucionalização de uma nova realidade social” (FARIA, 2011, p. 304), democratizada no sentido mais radical.

14 Conforme os dados do último levantamento da SENAES (2013), 55% dos EES são rurais, 10,5% têm atividades urbanas e rurais e apenas 34,5% são urbanos.

para a sua sobrevivência e consolidação. A chancela do jurídico, além do seu sentido de reconhecimento e autorrespeito (HONNETH, 2009), é especialmente importante também porque a organização dos grupos em redes (MANCE, 1999), ou em “sistemas produtivos integrados” (BENINI & BENINI, 2013) é estratégia fundamental para que a Economia Popular e Solidária seja capaz de representar uma via efetiva de superação do mercado nos moldes capitalistas. Sem a possibilidade de chancela jurídica das relações mantidas pelo grupo, enquanto grupo¹⁵, este enfrentará obstáculos, muitas vezes intransponíveis, ao escoamento da produção e ao acesso a crédito, que redundam em irregularidade fiscal, práticas sonegatórias e em subterfúgios fomentadores de insegurança e precariedade (ausência de controle contábil das receitas e despesas e consequente falta de transparência, descompromisso com a cobertura previdenciária dos trabalhadores e de outros mecanismos protetivos, a exemplo do Fundo de Garantia por Tempo de Serviço).

A hipótese que inspira a pesquisa representa um giro de perspectiva que não pode ser considerado completamente exótico, sendo possível identificar, na configuração jurídica do sistema brasileiro, indícios de sua viabilidade.

Em primeiro lugar, muito embora “a existência legal das pessoas jurídicas de direito privado” comece, no Direito brasileiro, “com a inscrição do ato constitutivo no respectivo registro” (conforme art. 45 do Código Civil-CC), as sociedades informais não estão exatamente à margem da legalidade, já que o mesmo CC disciplina as chamadas sociedades não personificadas (sociedade em comum e a sociedade em conta de participação), admitindo a possibilidade de que travem licitamente relações jurídicas, já que estabelece regras para, por exemplo, a atribuição de responsabilidade pelas obrigações da sociedade (arts. 986 a 996 do Código Civil Brasileiro).

Destaca-se, em seguida, a possibilidade, prevista em alguns programas federais, do estabelecimento de relações jurídicas entre o Estado e grupos não personificados. É exemplo a Lei Federal n. 11.947/2009 que, ao disciplinar o Programa Nacional de Alimentação Escolar – PNAE, previu a obrigatoriedade de destinação de parte (30%) dos recursos do Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação - FNDE “para a aquisição de gêneros alimentícios diretamente da agricultura familiar e do empreendedor familiar rural ou de suas organizações, priorizando-se os assentamentos da reforma agrária, as comunidades tradicionais indígenas e comunidades quilombolas”. Apesar de uma “comunidade tradicional indígena”, ou um grupo de agricultura familiar não se constituírem necessariamente no formato de uma pessoa jurídica, a regulamentação da Lei n. 11.947/2009,

¹⁵ É comum, por exemplo, a desconsideração do grupo para a solução de problemas decorrentes da informalidade da pessoa jurídica, tais como o cadastramento dos trabalhadores como microempresários individuais, que passam a usar seus números de inscrição no CNPJ para representar as relações mantidas, em verdade, coletivamente.

principalmente no âmbito dos Estados, tem rendido experiências inovadoras, que chancelam a contratação, pelo Poder Público, de grupos informais.

Quando o que se tem em vista é a consolidação dos grupos enquanto produtores e/ou comerciantes de bens e serviços, é patente que a formalização é uma função, em especial, da necessidade de regularização fiscal. É, aliás, a questão tributária essencial para as discussões que envolvem a personalidade jurídica de grupos: é a maior ou menor onerosidade tributária um dos critérios centrais para a escolha do tipo ideal em cada caso. Na maior parte das vezes, aliás, a formalização tem, para o grupo, como razão imediata única, tornar possível a inscrição no Cadastro Nacional de Pessoas Jurídicas- CNPJ, que compreende “as informações cadastrais das entidades de interesse das administrações tributárias da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios”¹⁶.

O que se observa, no entanto, é que no CNPJ já hoje se prevê a inscrição de pessoas apenas equiparadas às pessoas jurídicas “pela legislação do Imposto sobre a Renda”, (art. 3º da IN RFB n. 1.470/2014), como o empresário individual e outras figuras a que o Direito brasileiro não atribui personalidade jurídica, a exemplo de órgãos públicos que correspondam a unidades gestoras de orçamento, condomínios edifícios, candidatos a cargo político eletivo, entre diversos outros (art. 4º da IN RFB n. 1.470/2014).

O delineamento de estratégias jurídicas que reflitam e acolham as características do trabalho coletivo autogestionário das camadas populares é, por certo, tarefa desafiadora e que está a exigir esforços de pesquisa. Desde já supõe-se que tal tarefa envolva, entre suas dificuldades, a necessidade de ter em conta: i) a proteção contra a precarização dos direitos dos trabalhadores coletivos, em suas relações internas e externas; ii) proteção das relações jurídicas travadas pelos grupos, considerando-se especialmente a posição do Estado, e a tendência de que arranjos alternativos e benefícios fiscais sejam apropriados por práticas que inversamente legitimem a precarização¹⁷ ou aproveitados para fins de sonegação, por via da simulação¹⁸; iii) garantia de acessibilidade pelos grupos (linguagem, acesso geográfico, custo etc.) aos procedimentos de controle burocráticos minimamente necessários.

16 Conforme art. 2º da Instrução Normativa RFB n. 1.470, de 30.05.2014.

17 Representadas pelo denominado “discurso empreendedor”, impregnado nas políticas públicas apoiadoras do microempreendedorismo individual, apresentado como via de solução à informalidade. A “pejotização” do trabalhador informal tem representado, no entanto, a chancela a práticas fraudulentas de terceirização, fadadas a escamotear relações de trabalho subordinadas, ou, mesmo que isto não se dê literalmente, compactuado com um discurso naturalizador da exclusão social, que disfarça sua origem no sistema de produção de mercadorias, para transformá-la, “tanto sob o ponto de vista objetivo (econômica) quanto subjetivo (político-ideológica)”, no “verdadeiro mote que garante o bom funcionamento do sistema (ALVIM; NUNES; CASTRO, 2013, p. 15)

18 É o caso de regimes diferenciados de tributação para pequenas empresas, a exemplo do Simples Nacional (Lei Comp. 123/2006), que “também têm ‘estimulado’ a utilização de simulação: pessoas jurídicas com faturamento incompatível com a definição de pequena empresa são pulverizadas em “pequenas” empresas, beneficiárias do regime fiscal menos oneroso, mas que continuam tendo como verdadeiros destinatários do respectivo proveito econômico as mesmas pessoas vinculadas à grande empresa ‘cindida’”. (PITA, 2009, p.135-136)

Enfim, antes estávamos em busca de uma nova “roupa” para os grupos da Economia Popular e Solidária, porque nenhuma das vestimentas disponíveis se ajustava às suas realidades (PITA, 2015). O melhor não seria, no lugar disso, reconhecer a sua nudez original, como capaz de responder à forma como se relacionam, adaptados tradicionalmente ao “clima” sob o qual, desde sempre, exerceram seu trabalho e seus vínculos? Com a mudança de perspectiva, começa-se a cogitar que, talvez, o melhor seria que se alterassem as regras para o ingresso na “festa”, de modo que o convite deixe de lado as exigências quanto ao traje...

5 Conclusão

A investigação está, como se expôs, em seu início, sendo o objetivo deste texto tão somente expor os elementos utilizados para identificação e delimitação do problema, posicionando-o diante das referências teóricas escolhidas.

Uma analogia parece cair bem como ponto final, ilustrando a ideia em concepção. Até os anos 80 era o casamento civil, heterossexual, monogâmico e vitalício (somente em 1977 o divórcio passa a ser possível no Brasil) a única forma de garantir a proteção de direitos resultantes da convivência estável de duas pessoas no Brasil. Ele parece, no entanto, nunca ter efetivamente correspondido majoritariamente às práticas e vínculos reais entre as pessoas de “carne e osso”. Após um longo e batalhado percurso de enfrentamentos políticos e jurídicos, somente com a Constituição de 1988 o casamento “informal” (a chamada união estável) foi reconhecido como fonte legítima de direitos, em pé de igualdade com o casamento civil. Nos últimos anos, o mesmo fenômeno alcança as uniões homossexuais, e já se tem notícia de casos em que se reconhecem direitos decorrentes de situações de poligamia (como alimentos ou pensão por morte às “amantes”). Por que não pensar o problema da informalidade dos coletivos de trabalhadores sob a mesma lógica?

A decisão pela formalização jurídica de grupos produtivos, e o processo que a antecede, aliás, reproduzem dilemas muito semelhantes aos dos noivos. Interessante, neste sentido, é destacar como a palavra “medo” foi muitas vezes ouvida em rodas de conversa realizadas durante experiências de incubação desenvolvidas pela IEPS-UEFS, nos momentos que antecedem a formalização. Causam medo, de fato, a estabilidade, a permanência, a definitividade que são próprias da lógica de um mundo que se descreve como perfeito, como racional, mas cuja racionalidade, importada e imposta de fora para dentro, é negada nas práticas e vivências cotidianas.

Referências

ANTUNES, Ricardo. **O caracol e sua concha**: ensaios sobre a nova morfologia do trabalho. São Paulo: Boitempo, 2005.

BENINI, Elcio Gustavo. BENINI, Edi Augusto. A economia solidária nos prismas marxistas: revolução ou mitigação? In: SCHMIDT, Carlos; NOVAES, Henrique T. **Economia Solidária e transformação social**: rumo a uma sociedade para além do capital? Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013, p. 55-76.

BRASIL. **Instrução Normativa RFB n. 1.470**, de 30.05.2014 Disponível em: <<http://normas.receita.fazenda.gov.br/sijut2consulta/link.action?idAto=52901&visao=anotado>>. Acesso em: 12 jul 2015.

BRASIL. **Lei Federal n. 10.406**, de 10.01.2002 (Código Civil Brasileiro) Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 jul 2015.

CÁRCOVA, Carlos María. **A Opacidade do Direito**. São Paulo: LTr, 1998.

CASTRO, Carla Appollinario de. ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende. Nunes, Tiago de Garcia. Cidadania no Brasil e (nova) questão social: alguns elementos para problematizar uma relação. **Sociedade em Debate**, Pelotas, n. 19 (1), p. 61-86, jan.-jun/2014.

CONAES – Conselho Nacional de Economia Solidária. **1º Plano Nacional de Economia Solidária – 2015-2019**. 2014. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/images/Documentos/EconomiaSolidaria/PlanoNacional.pdf> Acesso em: 15 mar. 2015.

FARIA, Maurício Sardá de. **Autogestão, cooperativa, economia solidária**: avatares do trabalho e do capital. Florianópolis: Editoria em Debate – UFSC, 2011.

HONNETH, Axel. **Luta por reconhecimento**: a gramática moral dos conflitos sociais. 2. ed. São Paulo: Ed. 34, 2009.

KRUPPA, Sonia Maria Portella et al. **Regime Jurídico das Cooperativas Populares e Empreendimentos em Economia Solidária**. Série Pensando o Direito, vol. 46. Brasília: Ministério da Justiça, 2012.

LAVILLE, Jean-Louis; GAIGER, Luiz Inácio. Economia Solidária. In: CATTANI, Antonio David. et al. **Dicionário Internacional da Outra Economia**. Coimbra: Almeida, 2009. pp. 162-168.

LECHAT, Noëlle Marie Paule. **As raízes históricas da economia solidária e seu aparecimento no Brasil**. Palestra proferida na Unicamp por ocasião do II Seminário de Incubadoras Tecnológicas de Cooperativas Populares, em 20 mar 2002. Disponível em: <<http://www.itcp.usp.br/drupal/node/250>>. Acesso em: 13 nov. 2013.

LIMA, José Raimundo Oliveira. **A Economia Popular e Solidária como estratégia para o desenvolvimento local solidário**. 2014 Tese (Doutorado em Educação e Contemporaneidade) - Faculdade de Educação, Programa de Pós-graduação em Educação e Contemporaneidade, Universidade do Estado da Bahia, Salvador, Bahia, 2014.

MANCE, Euclides André. **A Revolução das Redes: a Colaboração Solidária como uma Alternativa Pós-Capitalista à Globalização Atual**. 1. ed. Petrópolis: Editora Vozes, 1999.

MARX, Karl. **Para a crítica da Economia Política**. Prefácio. Coleção Os Economistas. São Paulo: Abril Cultural, 1982. p. 23-27.

MIAILLE, Michel. **Introdução Crítica ao Direito**. 3. ed. Lisboa, Estampa, 2005.

NUNES, Débora. **Incubação de Empreendimentos de Economia Solidária**: uma aplicação da pedagogia da participação. São Paulo: Annablume, 2009.

PASTORINI, Alejandra. **A categoria “questão social” em debate**. São Paulo: Cortez, 2004.

PITA, Flávia Almeida. A Sociedade empresária como instrumento de simulação em detrimento do crédito tributário e o parágrafo único do art. 116 do CTN. **Revista Tributária e de Finanças Públicas**, São Paulo, Revista dos Tribunais, n. 89, p. 126-159, nov.-dez. 2009.

PITA, Flávia Almeida. **Relações entre o Direito e a Economia Solidária no contexto brasileiro**: reflexões a partir de uma experiência de incubação. XVII Congresso Brasileiro de Sociologia, GT07, Porto Alegre-RS, jul. 2015. Disponível em: <http://automacaodeeventos.com.br/sociologia2015/sis/admin/pro_lista_programa.asp?strConsultar=S>. Acesso em: 10 set. 2015.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidad y Modernidad-Racionalidad. In: BONILLA, Heraclio (Org.). **Los conquistados**: 1492 y la población indígena da las Américas. Santafé de Bogotá, Colombia: Tercer Mundo; Ecuador: FLACSO: Libri Mundi, 1992, p. 437-447.

QUIJANO, Aníbal. Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In: LANDER, Edgardo (Org.) **A colonialidade do saber**: eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas. Colección Sur Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires, CLACSO, 2005.

QUIJANO, Aníbal. **El Trabajo**. Argumentos, México, D.F., v. 26, n. 72, p. 145-163, may-ago. 2013.

RÁO, Vicente. **O Direito e a vida dos direitos**. v. 2. 4. ed. São Paulo: RT, 1997.

ROSEVICS, Larissa. **Do pós-colonial à decolonialidade**. Diálogos Internacionais. 28. nov. 2014. Disponível em: < <http://www.dialogosinternacionais.com.br/2014/11/do-pos-colonial-decolonialidade.html>>. Acesso em: 16 fev. 2016.

SANCHEZ, Fábio José Bechara. **Além da informalidade, quem dos direitos**. 2012. Tese (Doutorado em Sociologia) Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas da Universidade de São Paulo – USP - Departamento de Sociologia, São Paulo, 2012.

SANTOS, Boaventura de Souza (Org). **Produzir para Viver**: os caminhos da produção não capitalista. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.

SANTOS, Boaventura de Souza. Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. **Novos Estudos - CEBRAP**, São Paulo, n. 79, p. 71-94, nov. 2007.

SANTOS, Boaventura de Souza. Poderá o direito ser emancipatório? **Revista Crítica de Ciências Sociais**, Coimbra, n. 65, p. 3-76, mai. 2003. Disponível em: < www.ces.uc.pt/rccs/includes/download.php?id=817>. Acesso em: 05 ago. 2014.

SANTOS, Boaventura de Souza. **Um discurso sobre as ciências**. 7. ed. São Paulo: Cortez, 2010

SCHMIDT, Carlos. A economia solidária: panaceia do capitalismo pós-moderno ou um caminho para o socialismo. In: SCHMIDT, Carlos; NOVAES, Henrique T. **Economia Solidária e transformação social**: rumo a uma sociedade para além do capital? Porto Alegre: Editora da UFRGS, 2013. p. 15-28.

SENAES.MTE. Sistema Nacional de Informações em Economia Solidária. **Atlas Digital da Economia Solidária**: dados do segundo mapeamento nacional de empreendimentos econômicos solidários (EES), 2013. Disponível em: <http://sies.ecosol.org.br/atlas>. Acesso em: 10 ago. 2014.

SENAES.MTE. Sistema Nacional de Informações em Economia Solidária. **Atlas da Economia Solidária no Brasil**, 2007. Disponível em: <http://consulta.mte.gov.br/atlas/AtlasES.html>. Acesso em: 10 ago. 2014.

SENAES.MTE. **Avanços e Desafios para as Políticas Públicas de Economia Solidária no Governo Federal 2003/2010**. Brasília, 2012. Disponível em: < http://acesso.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3CB58904013CB5F52A404620/Oito%20Anos%20da%20SENAES.%20Avan%C3%A7os%20e%20Desafios%20para%20as%20PP%20de%20Economia%20Solid%C3%A1ria%20no%20Gov.%20Federal%202003_2010.pdf>. Acesso em: 10 ago. 2014.

SILVA, Osmar Vieira da. **Desconsideração da Personalidade Jurídica**: aspectos processuais. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. São Paulo: Perseu Abramo, 2002.

SOMBRA, Laurenio. Identidade dos sujeitos: linguagem, constituição de sentido e valor. **Revista Sísifo**, n. 1, v. 1, 2015. Disponível em: < http://www.revistasisifo.com/2015/05/identidade-dos-sujeitos-linguagem_2.html> Acesso em: 03 mai. 2015

WEBER, Max. **Conceitos Básicos de Sociologia**. São Paulo: Centauro, 2005.

WOLKMER, Antonio Carlos. (2012) Una visión Crítica de la Cultura Jurídica en América latina. **Revista El Foro**. Colegio de Abogados. San José, Costa Rica, n. 12, pp. 13-19. Disponível em: <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4157314>>. Acesso em: 12 jul. 2015.

1 A questão indígena no Brasil

A história dos povos indígenas é marcada por violência, invisibilidade e opressão feita inicialmente pelos europeus, principalmente, portugueses, no período da colonização (DANTAS: 2014, p.344). Nesse contexto, os jesuítas com o intuito de “catequizar” esses povos, impuseram seus costumes em detrimento dos hábitos cultuados por estes. Durante vários séculos, os indígenas tiveram sua população dizimada. Segundo a Fundação Nacional do Índio⁴, em 1500, a população indígena era de 3.000.000. Todavia, essa população, em 2010, caiu para 817.962. Tal queda está diretamente relacionada com as atrocidades cometidas pelo Estado brasileiro.

Só a partir de 1970 que, tal conjuntura começou a ser modificada em decorrência das articulações dos movimentos sociais tendo como protagonistas os povos indígenas. Entre essas instituições⁵ que tiveram papel fundamental na luta por políticas indigenistas nesse período, destacam-se: União das Nações Indígenas e o Conselho Indigenista Missionário. Além disso, houve o primeiro Deputado Federal indígena, Mário Juruna (1982-1986). A questão indígena também foi pauta na Assembleia Nacional Constituinte (1987-1988) sendo discutida na Comissão da Ordem Social da Subcomissão dos Negros, Populações Indígenas, Pessoas Deficientes e Minorias.

Essa articulação por meio desses movimentos sociais culminou com posituação do Capítulo VII denominado Dos Índios que faz parte do Título VIII que trata da Ordem social da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Para Fenando Dantas:

A Constituição de 1988, do ponto de vista jurídico-formal, provoca uma ruptura no regime do ocultamento e da invisibilidade ao conceber que as pessoas indígenas e suas sociedades configuram diferenças étnico-culturais. Isto ocorre pelo reconhecimento dos índios, suas organizações sociais, usos, costumes, tradições, direito ao território e capacidade postulatória. (DANTAS, 2014, p.343)

A CF/88 reconheceu aos povos indígenas: a sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições (art. 231). Nesse mesmo dispositivo constitucional, há também a garantia dos povos originários sobre as terras que ocuparam tradicionalmente. Todavia, o que falta é a efetivação desses direitos que devem ser levados em consideração não só pelo Poder Executivo, competente para fazer as demarcações, mas também pelo Judiciário, como explica Deborah Duprat:

Não se pode recusar ao Poder Judiciário importante papel na estipulação de alguns marcos teóricos em relação à demarcação das terras indígenas, à vista do novo paradigma instaurado pela Constituição de 1988. Persiste, todavia, ainda hoje, forte incompreensão sobre a natureza

⁴ Índios no Brasil. Quem são? Disponível em: < <http://www.funai.gov.br/index.php/indios-no-brasil/quem-sao>>. Acesso em 05 mar 2016.

⁵ Nota Técnica nº 94 de novembro de 2014. É possível criar um partido indígena no Brasil?. Disponível em: < <http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/notas-tecnicas/nts-anteriores/nts-2004/NT.%2094%20-%20Partido%20indigenista%20no%20Brasil.pdf/view>>. Acesso em 06 de novembro de 2014.

do território indígena e as repercussões jurídicas correlatas. O próprio processo em que se desenvolve a discussão a respeito do tema revela, por si, essa marca, em diferentes perspectivas (DUPRAT, 2012, p.193).

No que diz respeito às terras indígenas, a referida estudiosa explica que, as decisões judiciais, geralmente são equiparadas a propriedade privada, porém, elas possuem significados diferentes. Enquanto às primeiras são sinônimos de identificação e afeto; a segunda, tem caráter individual (DUPRAT:2012,p.194).

Referidas garantias constitucionais, entretanto, estão sujeitas à alteração pela via da reforma judicial.

2 Retrocesso na questão indígena? As PECs em trâmite no Congresso Nacional

A Constituição federal reconhece aos índios em seu artigo 231⁶, a organização social, costumes, línguas, crenças, tradições, e os direitos originários sobre as terras que ocupam tradicionalmente. A competência para a demarcação destas terras é dada a União. (BRASIL, 1998, p. 114.)

Há muito tempo a demarcação de terras indígenas é discutida no Congresso Nacional. Diversas propostas de emenda constitucional – PECs⁷, já surgiram e ainda surgem relativas ao tema. A que está mais em evidência atualmente é a PEC 215/2000 que tramita há quase 16 anos na Câmara e foi aprovada em comissão especial, em outubro de 2015. De forma objetiva, o que a PEC pretende é que o Congresso Nacional tenha a competência de aprovar a demarcação de terras tradicionalmente ocupadas pelos índios e ratificar as demarcações já homologadas.

À PEC 215/2000 foram apensadas as PECs nºs 579/2002, 156/2003, 257/2004, 275/2004, 319/2004, 37/2007, 117/2007, 161/2007, 291/2008, 411/2009 e 415/2009.

A maioria destas PECs tem um objetivo claro, que é criar mecanismos que dificultem a demarcação das terras indígenas. O processo de demarcação é embasado e regulamentado por alguns dispositivos, tais como: a lei 6001/1973 chamada de Estatuto do Índio e o decreto 1175/1996, além da própria Constituição Federal. De forma simples, a demarcação funciona da seguinte forma: A FUNAI (Fundação Nacional do Índio) realiza estudos técnicos, com objetivo de realizar o processo de identificação e delimitação das terras. Após os estudos realizados, cabe ao Ministro da Justiça a

⁶ “Art. 231. São reconhecidos aos índios sua organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam, competindo à União demarcá-las, proteger e fazer respeitar todos os seus bens.” BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil, 1988. Disponível em: http://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao1988.html/ConstituicaoTextoAtualizado_EC84.pdf. Acesso em 22/02/2016.

⁷ “Diz-se emenda constitucional o recurso instituído pelo poder constituinte originário para realizar modificações em pontos específicos e localizados do texto maior.” Bulos, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 410.

declaração dos limites. Ficando a cargo do Presidente da República, posteriormente, o processo de homologação da demarcação. Portanto, o ato do poder Executivo constitui uma ação meramente declaratória.

Como o intuito das PECs é dificultar o processo de demarcação, a maioria delas apresentam a modificação do texto constitucional do artigo 231. Dentre as que propõem a modificação do caput do artigo, estão as PECs 275/2004, 319/2004, 37/2007 e a 117/2007. A 275/2004 altera o texto no sentido de que a competência para a demarcação é da União, ad referendum do Congresso Nacional. (Brasil, 2004, p.1). A 319/2004 dá o mesmo sentido, propondo que a demarcação seja aprovada pelo Congresso. Por sua vez, a 37/2007 e a 117/2007 propõem que a demarcação seja feita pela União por meio de lei, o que também condiciona a aprovação do Congresso. Conclui-se então que todas as modificações propostas para o caput tem o mesmo objetivo, fazer com que o crivo final seja realizado pelo Congresso Nacional.

A proposta 275/2004 é de autoria do deputado Lindberg Farias. A justificativa para a proposta é a de que os Estados estão sendo privados de grandes extensões de terras e por isso se faz necessário o pronunciamento do Congresso Nacional sobre a questão. (BRASIL, 2004, p.1-2). Além de propor a modificação do caput do artigo 231, ainda propõe uma modificação no inciso XVI do artigo 49, acrescentando às competências do Congresso Nacional, a autorização de demarcação de terras indígenas.

Por sua vez, o deputado Zequinha Marinho ao propor a PEC 319/2004 apresentou a justificativa de que no processo de demarcação de terras indígenas existem grandes violações ao direito adquirido e a coisa julgada. Por isso, se faz necessário que o Congresso Nacional tenha voz no que se restringe até agora ao Poder Executivo. (BRASIL, 2004, p.1-2). A proposta também modifica o inciso XVI do artigo 49.

Já a PEC 37/2007 tem como autor o deputado Eliene Lima. A proposta também acrescenta ao artigo 231 o parágrafo 8º que determina que: “A criação de reservas indígenas será promovida por lei de iniciativa do poder Executivo, com projeto instruído com estudo antropológico e levantamento fundiário.” (BRASIL, 2007, p.1). A justificativa apresentada é de que as demarcações realizadas pelo poder Executivo são questionáveis. Outro ponto é que não se pode fugir do debate a respeito da legitimidade de cada caso de demarcação. (BRASIL, 2007, p.1-2).

Os deputados Edio Lopes, Celso Maldaner e Waldir Neves ao propor a PEC 319/2004 apresentaram como justificativa o fato de que reflexos produzidos pelas demarcações de terras indígenas são sentidos por toda sociedade brasileira, e por isso, o destino de parte do território nacional não pode ser decidido exclusivamente pelo poder Executivo. (BRASIL, 2007, p.2-3).

As PECs 161/2007 e 291/2008 propõem as mesmas modificações no inciso III do artigo 225 da Constituição Federal. Acrescentam a palavra criação ao inciso, determinando que os espaços territoriais

e seus componentes, em todas as unidades de Federação, devem além de ter a alteração e supressão permitidas por lei, também ter a criação destas sujeitas a legislação. As propostas foram de autoria dos deputados Celso Maldaner e Ernandes Amorim, respectivamente.

A proposta 161/2007 ainda modifica o parágrafo 4º do artigo 231 e o artigo 68 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos dois dispositivos as modificações feitas foram para acrescentar-lhes a limitação de serem definidos por lei. A justificativa para a proposta foi a de que os atos da Administração Pública muitas vezes são carregados de excessos e para prevenir as interpretações extensivas da Constituição, se faz necessário alterá-la. (BRASIL, 2007, p.2-3). Já a apresentada para a PEC 291/2008⁸ foi de que a criação de áreas de conservação trata-se de matéria de grande interesse público e por isso não pode ficar restrita a Administração Pública. (BRASIL, 2008, p.2).

A PEC 415/2009 proposta pelo deputado Gervásio Silva também propõe alteração no parágrafo 4º do artigo 231. A proposta é de que o Congresso Nacional possa autorizar permutas entre as terras indígenas. Justificando tal mecanismo como uma forma pacífica de solução de conflitos sociais. (BRASIL, 2009, p.1)

As modificações no parágrafo 1º do artigo 231 da Constituição foram apresentadas pelas PEC's 579/2002 e 257/2004. A primeira estabelece que a demarcação das terras tradicionalmente ocupadas pelos índios deve ser aprovada pelo Congresso Nacional. A segunda, por sua vez, estabelece que esta aprovação deve ser feita por audiência das Assembleias Legislativas dos Estados onde as terras se localizem. A proposta 579/2002 é de autoria do deputado Ricarte de Freitas e a justificativa apresentada foi de que o poder Executivo através da FUNAI estaria realizando as demarcações de forma autoritária, prejudicando os direitos adquiridos de terceiros de boa-fé. E que diante disto, a única solução para sanar o problema é que as demarcações passem pelo Congresso. (BRASIL, 2002, p.2) Já a proposta 257/2004 foi apresentada pelo deputado Carlos Souza, com a justificativa de que o poder Executivo demarca as terras indígenas sem nenhuma consulta aos Estados em que as terras se localizam e isso seria uma forma indireta de transferir a competência das terras do Estado para o Executivo. (BRASIL, 2004, p.2).

A proposta 156/2003 de autoria do deputado Odacir Zonta acrescenta o parágrafo 2º e modifica o 7º do artigo 231. O novo parágrafo acrescentado proíbe a demarcação de terras indígenas em áreas ocupadas por pequenas propriedades rurais que sejam exploradas por regime de economia familiar. Já a modificação feita no parágrafo 7º, que também foi renumerado, objetiva garantir o direito a indenizações para títulos havidos e benfeitorias erigidas em boa fé. A justificativa para a proposta é de que a FUNAI se

⁸ "Com exceção da PEC 291/2008, que trata da definição de áreas de conservação ambiental, propondo nova redação para o artigo 225 da Constituição, todas as demais versam sobre o mesmo tema: criam embaraços e limitações adicionais para a demarcação das terras indígenas." (SARMENTO, 2013, p. 3-4)

utiliza de registros antigos para realizar demarcações, o que prejudica pequenos agricultores que ocupam tais terras. A respeito das indenizações, ressalta que se a cláusula de nulidade e extinção não for ressalvada para os casos de títulos havidos de boa-fé, se torna impossível, pelo decorrer do tempo, o ressarcimento dos detentores. (BRASIL, 2003, p.2-3).

O deputado Abelardo Lupion propôs a PEC 411/2009 de que objetiva o acréscimo do parágrafo 8º ao artigo 231, o parágrafo determina que a demarcação das terras indígenas ocorrerá por lei de iniciativa do poder Executivo. A proposta foi justificada afirmando-se que a demarcação interessa toda a população e por isso o poder Legislativo deve examinar a questão. (BRASIL, 2009, p.1).

Por fim, a PEC 215/2000, na qual foram anexadas todas as PECs descritas acima, apresenta modificações nos artigos 49 e 231 da Constituição Federal. Teve como primeiro signatário o deputado Almir Sá e a justificativa apresentada foi de que é necessário instaurar um maior equilíbrio entre as atribuições da União no processo de demarcação das terras indígenas, permitindo que os Estados membros participem do processo. (BRASIL, 2000, p.69).

A alteração proposta no artigo 49 foi o acréscimo do inciso XVIII, que acrescentou às competências do Congresso Nacional a aprovação das demarcações de terras indígenas, além de ratificação das já homologadas. No artigo 231 propõe-se a modificação do parágrafo 4º e acréscimo do 8º, ambos com o objetivo de tornar a demarcação ou ratificação das terras indígenas de competência do Congresso Nacional. O parágrafo 8º ainda afirma que os critérios e procedimentos para demarcação devem ser regulamentados por lei.

A Comissão de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados aprovou em parte a admissibilidade da PEC 215/2000. Na parte da proposta que determina a necessidade de ratificação pelo Congresso Nacional das demarcações já homologadas, a CCJ entendeu que haveria violação ao inciso XXXVI do art. 5º da Constituição Federal que determina que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. A violação de tal dispositivo gera a violação da cláusula pétrea assegurada pelo artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição, que determina que direitos e garantias individuais não podem ser objeto de proposta de emenda que visem aboli-los.

A PEC 215/2000 foi objeto do Mandado de Segurança nº 32.262, impetrado pelo deputado federal Mariton Benedito de Holanda e outros, que tinham por objetivo impedir a tramitação da referida PEC. A justificativa apresentada para o pedido era justamente a de que tal proposta poderia violar os direitos e garantias individuais. O ministro Luís Roberto Barroso, por sua vez, indeferiu o pedido de liminar. Segundo o ministro, existe plausibilidade nos argumentos jurídicos apresentados, porém não existe o perigo da demora, visto que o processo ainda estava em fase inicial. Deixou assegurada, entretanto, a possibilidade de reapreciação.

Em resumo do exposto, deve-se analisar referidas propostas de emenda à luz dos princípios constitucionais tidos como obstáculos à sua promulgação: separação entre os poderes e direitos individuais (segurança jurídica).

3 A discussão em torno da constitucionalidade da PEC 215/2000

3.1 Separação de poderes

O princípio da separação dos poderes ganhou maior propulsão durante a transição do estado absolutista para o estado liberal com o filósofo Charles de Montesquieu e sua obra “O espírito das leis”, na qual pontuava que no Estado deveriam existir os poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário. O filósofo afirmava que os poderes deveriam ser distribuídos para evitar o abuso de poder e garantir a liberdade do cidadão⁹. Também previu em seu modelo de separação dos poderes as “faculdades de impedir e estatuir”, que formavam o sistema de Freios e Contrapesos. Tal sistema consiste no controle do poder pelo próprio poder. Cada poder teria suas funções típicas, mas exerceriam controle em relação às funções dos demais poderes, podendo exercer também, caso necessário, funções atípicas. Existiria, portanto, um controle recíproco entre os poderes estatais.

No Brasil, o princípio da separação dos poderes foi recepcionado pela Constituição Federal. Mais precisamente no artigo segundo do texto constitucional, consagra-se a tripartição dos poderes, ou seja, a divisão dos poderes em Legislativo, Executivo e Judiciário. O dispositivo afirma que tais poderes devem agir de forma independente e harmônica entre si. A Constituição ainda coloca o princípio da separação dos poderes entre os incisos do artigo 60, parágrafo 4º, que não podem ser objeto de reformas que visem aboli-los. Consagrando então o princípio como cláusula pétrea.

Tratando-se da PEC 215/2000 pode-se perceber que existem diversos pontos questionáveis a respeito de sua constitucionalidade. Um destes pontos é o fato da Constituição Federal ter atribuído ao poder Executivo a competência para a demarcação das terras indígenas, e o objetivo da proposta é justamente alterar esta competência, fazendo com que as demarcações sejam condicionadas a aprovação do poder Legislativo. A interferência do Legislativo no âmbito de competência do Executivo trata-se de violação ao princípio constitucional da separação dos poderes, visto que a demarcação das terras indígenas se trata de competência privativa do Executivo.

O fato de a Constituição afirmar que entre os poderes deve-se ter harmonia ou até mesmo o fato de existir o mecanismo de controle entre eles, não implica no direito do poder Legislativo interferir em ato

⁹ “Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade, pois pode temer-se que o mesmo monarca ou mesmo senado apenas estabeleçam leis tirânicas para executá-las tiranicamente. [...]” MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat, Barón de la Brède et. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 74.

administrativo do poder Executivo. Até porque, como já foi dito anteriormente, o ato do Executivo é um ato declaratório. O processo de demarcação não é algo que dependa exclusivamente da vontade do chefe do Executivo, existem vários procedimentos e estudos técnicos anteriores a homologação da demarcação pelo Presidente da República. Daniel Sarmento, por meio de nota técnica sobre a PEC, mencionou bem a questão:

É certo que não é estranho ao princípio da separação de poderes a existência de mecanismos de controles recíprocos entre os poderes estatais. São os instrumentos de *freios e contrapesos*, inspirados na ideia de *checks and balances* cogitada pelos *Founding Fathers* da ordem constitucional norte-americana. Porém, não é admissível a instituição de um mecanismo de controle interinstitucional de poder que subordine um ato técnico do Poder Executivo a um juízo estritamente político do Parlamento, sobretudo quando se trata de ato voltado à concretização de direito fundamental. (SARMENTO, 2013, p.31)

A utilização de critérios políticos para apreciação do processo de demarcação só tende a prejudicar os indígenas na garantia de seus direitos. Pois, as decisões do Congresso podem ser tendenciosas, como foram no caso concreto, visto que a proposta recebeu grande apoio da bancada ruralista e o texto da PEC beneficia claramente estes.

O próprio Supremo Tribunal Federal, em decisão proferida pela Ministra Carmem Lúcia no julgamento da ADIn 4.102 sinalizou inconstitucionalidade em caso de interferência nos atos do poder Executivo pelos demais poderes: “As restrições impostas ao exercício de competências constitucionais conferidas ao Poder Executivo, incluída a definição de políticas públicas, importam em contrariedade ao princípio da independência e harmonia entre os Poderes”. (BRASIL, 2014, p.1)

3.2 Segurança Jurídica

Os relatores da PEC 215/2000 afirmaram que o crivo final ser dado pelo Congresso Nacional, no caso das demarcações, traria segurança jurídica para estas. Seria mais um ponto a se questionar a respeito da constitucionalidade da proposta. Segurança jurídica pode ser definida de forma clara pelo autor Almiro do Couto e Silva:

A segurança jurídica é entendida como sendo um conceito ou um princípio jurídico que se ramifica em duas partes, uma de natureza objetiva e outra de natureza subjetiva. A primeira, de natureza objetiva, é aquela que envolve a questão dos limites à retroatividade dos atos do Estado até mesmo quando estes se qualifiquem como atos legislativos. Diz respeito, portanto, à proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada (...). A outra, de natureza subjetiva, concerne à proteção das pessoas no pertinente aos atos, procedimentos e condutas do Estado, nos mais diferentes aspectos de sua atuação. (COUTO E SILVA, 2005, p.3-4).

A Constituição Federal protege a segurança jurídica em vários de seus dispositivos. Um destes dispositivos é o inciso XXXVI do artigo 5º que consagra que: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” (BRASIL, 1988, p.4).

No caso em concreto o direito adquirido dos índios estaria sendo violado com a aprovação da PEC, o que resultaria em mais uma violação a cláusula pétrea, tendo em vista que o direito adquirido é uma garantia fundamental que não pode ser violada. A constituição é expressa ao afirmar que cabe ao Executivo apenas demarcar as terras, mas os direitos originários são dos índios.

Como bem salienta Daniel Sarmiento, a questão da inconstitucionalidade da PEC 215/2000 no que tange o direito adquirido em relação à demarcação, não se restringe a uma simples alteração no regime jurídico. Vai além e interfere diretamente no direito originário sobre as terras que a Constituição atribui aos indígenas, pois se a proposta for aceita e a demarcação for condicionada a aprovação do Congresso Nacional, o ato não será apenas declaratório como no caso do poder Executivo e sim constitutivo, podendo retirar direitos que em essência seriam dos indígenas, mas devido a critérios políticos poderiam ser modificados.

A referida PEC sofreu controle de constitucionalidade pela Câmara de Constituição e Justiça da Câmara dos Deputados antes de sua aprovação pela mesma. A proposta inicial também permitia que o Congresso Nacional ratificasse as demarcações que já haviam sido realizadas, o que seria um flagrante expresso de inconstitucionalidade. Visto que, não existiria segurança jurídica nenhuma para os indígenas que já tinham adquirido suas terras através do processo de demarcação. Se o Congresso julgasse conveniente poderia simplesmente ratificá-la e retirar o direito dos indígenas sobre a respectiva terra, o que também violaria o direito originário sobre a mesma, assegurado pela Constituição aos índios.

Diante do exposto, nota-se que diversos são os pontos em que a proposta de emenda à Constituição se demonstra inconstitucional. O fato do Supremo Tribunal Federal não ter realizado um controle de constitucionalidade preventivo em relação à mesma, não impede que no futuro, se aprovada, a proposta seja objeto do controle repressivo de constitucionalidade.

Como a preocupação em assegurar o direito dos índios só se fez mais presente na Constituição de 1988, existem diversos casos em que terras indígenas são objetos de títulos de posse de terceiros. Para estes casos, o STF já sinalizou em diversas decisões que os títulos são nulos e extintos, como bem assegura a Constituição Federal. Como se pode verificar no texto proferido pelo ministro relator Celso de Melo durante julgamento:

A eventual existência de registro imobiliário em nome de particular, a despeito do que dispunha o art. 859 do Código Civil de 1916 ou do que prescreve o art. 1.245 e §§ do vigente Código Civil, não torna oponível à União Federal esse título de domínio privado, pois a Constituição da República pré-excluiu do comércio jurídico as terras indígenas *res extra commercium*, proclamando a nulidade e declarando a extinção de atos que tenham por objeto a ocupação, o domínio e a posse de tais áreas, considerando ineficazes, ainda, as pactuações negociais que sobre elas incidam, sem possibilidade de quaisquer consequências de ordem jurídica, inclusive aquelas que provocam, por efeito de expressa recusa constitucional, a própria denegação do direito à indenização ou do acesso a ações judiciais contra a União Federal, ressalvadas, unicamente, as benfeitorias derivadas da ocupação de boa-fé (CF, art. 231, § 6º). (BRASIL, 2014, p.1-2).

4 Os desafios da descolonialidade na compreensão da questão indígena

A questão indígena sob a perspectiva descolonial pode ser compreendida a partir de um processo histórico marcado por injustiças, aviltamento, negação de direitos. A descolonialidade, nas palavras de Fernanda Frizzo Bragato, corresponde:

[...] um projeto epistemológico fundado no reconhecimento da existência de um conhecimento hegemônico, mas, sobretudo, na possibilidade de contestá-lo a partir de suas próprias inconsistências e na consideração de conhecimentos, histórias e racionalidades tornadas invisíveis pela lógica da colonialidade moderna (BRAGATO,2014,p.205)

O pensamento descolonial representa uma ruptura ou o repensar da história a partir de dogmas impostos pela cultura hegemônica do Continente Europeu. O “giro descolonial” que começou no início da década de 90 por estudiosos da América Latina, entre eles, Aníbal Quijano e Walter Mignolo, representam esse repensar (BALLESTRIN,2013,p.89)

A história da América Latina é marcada pela opressão contras negros, mulheres, pessoas com deficiências, ciganos e indígenas. Estes últimos tiveram sua população dizimada pela lógica da colonização ibérica¹⁰, na qual, a ideia de cidadania, a partir do modelo tradicional, não os considera como sujeitos de direito, ou seja, são incapazes. Nesse sentido, explica Boa Ventura de Sousa e Santos:

Se o Oriente é para o Ocidente o lugar da alteridade, o selvagem é o lugar da inferioridade. O selvagem é a diferença incapaz de se constituir em alteridade. Não é o outro porque não é sequer plenamente humano. A sua diferença é a medida da sua inferioridade. Por isso, longe de constituir uma ameaça civilizacional, é tão só a ameaça irracional. O seu valor é o valor da utilidade. (SANTOS,2006, p.185).

Nos últimos anos, na América Latina, têm ocorrido alguns avanços protagonizados por aqueles que antes eram invisibilizados, qual seja, os povos indígenas. O caso mais notório é o da Bolívia que, teve seu primeiro Presidente índio, Evo Morales. A conquista desse pleito teve participação direta de várias etnias. Com tal resultado, foi instituído o Estado Plurinacional que rompe com a ideia de Estado-nação e leva em consideração o direito da natureza (*Pachamama*) e do bem-viver (*Sumak Kawsay*).

No Brasil, a questão indígena foi reconhecida nos dispositivos constitucionais representando um referencial descolonizador (DANTAS: 2014, p.344). Todavia, a pauta indígena pode sofrer um retrocesso no que diz respeito aos direitos garantidos na CF/88, inclusive, as terras desses povos, pois a atual legislatura (2015-2018) é mais conservadora desde a Ditadura Militar, Segundo estudos do Departamento Intersindical de Assessoria Parlamentar.

¹⁰ Ainda sobre essa colonização: [...] O que chegou às Américas foi uma enredada estrutura de poder mais ampla e mais vasta, que uma redutora perspectiva econômica do sistema-mundo não é capaz de explicar. [...] Às Américas chegou o homem heterossexual/ branco/ patriarcal/ cristão/ militar/ capitalista/ europeu, com as suas várias hierarquias globais enredadas e coexistentes no espaço e no tempo [...] (Grosfoguel:2008, p.122)

Descolonizar também significa o emponderamento e protagonismo de quem no passado foi “esquecido” e que hoje, por meio de seus movimentos sociais são capazes de lutar para que direitos garantidos não sejam excluídos. Logo, os direitos garantidos dos povos indígenas não podem retroceder em benefício daqueles que irão lucrar: os agropecuários.

Referências

- BALLESTRIN, Luciana. **Revista Brasileira de Ciência Política**, nº11. Brasília, maio - agosto de 2013, pp. 89-117.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Para além do discurso eurocêntrico dos direitos humanos: contribuições da descolonialidade. **Novos Estudos Jurídicos**, [S.l.], v. 19, n. 1, p. 201-230, abr. 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5548/2954>>. Acesso em: 20 fev. 2016. Ibidem.p.210
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- COUTO E SILVA, Almiro do. **O Princípio da Segurança Jurídica (Proteção à Confiança) no Direito Público Brasileiro e o Direito da Administração Pública de Anular seus Próprios Atos Administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9784/99)**. Revista Eletrônica de Direito do Estado, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, nº2, abril/maio/junho, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rede-2-abril-2005-almiro%20do%20couth%20e%20silva.pdf>>. Acesso em 06/03/2016.
- DANTAS, Fernando Antonio de Carvalho. Descolonialidade e direitos humanos dos povos indígenas. **Revista de Educação Pública**. Cuiabá. v. 23 n. 53/1 p. 343-367 maio/ago. 2014. Disponível em:< <http://periodicoscientificos.ufmt.br/index.php/educacaopublica/article/view/1621/1249>>. Acesso 21 fev. 2016
- DUPRAT, Déborah. Terras indígenas e o Judiciário. **Ensaios críticos sobre direitos humanos e constitucionalismo/org**. Enzo Bello. – Caxias do Sul, RS: Educus, 2 0 1 2. 291 p. Disponível em:< https://www.uces.br/site/midia/arquivos/Ensaios_criticos_sobre_direitos_humanos.pdf>. Acesso em 02 mar. 2016
- MONTESQUIEU, Charles Louis de Secondat. **O espírito das leis**. São Paulo: Martins Fontes, 1999.
- Ramón Grosfoguel. **Para descolonizar os estudos de economia política e os estudos pós-coloniais: Transmodernidade, pensamento de fronteira e colonialidade global**, *Revista Crítica de Ciências*
- Santos, Boaventura de Sousa. **A gramática do Tempo: para uma nova cultura política**. São Paulo, Cortez, 2006.
- SARMENTO, Daniel. **Nota Técnica: A PEC 215/00 e as Cláusulas Pétreas**. 2013. 39 fls.

Documentos

- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm. Acesso em 14.12.2015.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 215/2000**. Disponível em: <http://imagem.camara.gov.br/Imagem/d/pdf/DCD19ABR2000.pdf#page=69>. Acesso em: 22.02.2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 579/2002**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=105836&filename=PEC+579/2002. Acesso em: 22.02.2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 156/2003**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=160665&filename=PEC+156/2003. Acesso em: 22.02.2016.
- BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 257/2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=209448&filename=PEC+257/2004.

Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 275/2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=218193&filename=PEC+275/2004. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 319/2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarinte?gracodteor=243796&filename=PEC+319/2004. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 37/2007**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=450594&filename=PEC+37/2007. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 117/2007**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=482353&filename=PEC+117/2007. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 161/2007**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=506009&filename=PEC+161/2007. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 291/2008**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=595902&filename=PEC+291/2008. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 411/2009**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=696926&filename=PEC+411/2009. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **PEC 415/2009**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=699482&filename=PEC+415/2009. Acesso em: 22.02.2016.

BRASIL. **Decreto 1.175/1996**. Dispõe sobre o procedimento administrativo de demarcação das terras indígenas e dá outras providências. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D1775.htm

BRASIL. **Lei 6001**, de 19 de dezembro de 1973. Dispõe sobre o estatuto do índio. Diário Oficial da União. Brasília, DF. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6001.htm

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4.102**. Ementa: administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Direito Tributário. Limites ao poder de tributar. Relator(a): Min. Carmem Lúcia, julgado em 30/10/2014. Diário de Justiça da União. Brasília, DF, 24/02/2015. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7708618>

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS 32.262/DF**. Ementa: Direito administrativo e outras matérias de direito público. Controle de constitucionalidade. Processo legislativo. Relator(a): Luís Roberto Barroso, julgado em 20/09/2013. Diário de Justiça da União. Brasília, DF, 07/08/2015. Disponível em: <<http://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/uploads/2013/11/Decis%C3%A3o-PEC-215.pdf>>



O INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINO E O ESTADO PLURINACIONAL DA BOLÍVIA

Gabriel Barbosa Gomes de Oliveira Filho¹

RESUMO: A partir da contextualização do processo constituinte boliviano, que se transformou no marco de “criação” de um novo sujeito – o indígena originário campesino – e da reconceitualização de povo, nação, etc., o presente trabalho apresenta uma reflexão sobre as tensões geradas por essas novidades do Estado Plurinacional em uma realidade ainda marcada pelo colonialismo. O problema proposto trata da necessidade de refletir sobre os desafios apontados a partir da mudança paradigmática que o constitucionalismo indígena representa, em especial sobre o sujeito dos direitos indígenas ora previstos e sobre a relação entre as distintas ordens jurídicas.

Palavras-chave: Constitucionalismo. Indígenas. Plurinacionalidade. Identidade.

ABSTRACT: From bolivian constitutional process context, which has become the outset to the "creation" of a new subject - "indígena originario campesino" - and the reconceptualization of people, nation, etc., this paper presents a reflection on tensions generated by these news brought by the Plurinational State into a reality still marked by colonialism. The proposed issue is to reflect on challenges identified from the paradigm shift that the indigenous constitutionalism represents, especially on the subject of indigenous rights and the relationship between many legal orders.

Keywords: Constitutionalism. Indigenous. Plurinationality. Identity.

1 Introdução

As nações e povos indígenas bolivianos, oprimidos desde o primeiro contato com o mundo europeu, conseguiram pela primeira vez inscrever suas demandas dentro de um modelo de estado e do constitucionalismo trazidos da Europa. A Constituição Política do Estado de 2009 é um dos maiores exemplos de interculturalidade já vivenciados na América Latina: desde uma tradição europeia se busca afirmar o originário andino.

Passada uma década do início da assembleia constituinte, com toda a recepção calorosa que essa contribuição trouxe a Teoria do Estado, ao Direito Constitucional e ao constitucionalismo, já é possível perceber algumas das contradições que essa estratégia aventa. De todo modo, o processo de levante indígena já implicou em transformações reais e na articulação de novas estratégias. Entre elas, a

¹ Doutorando em Teoria e Filosofia do Direito no Programa de Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da UERJ; Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense.

(auto) afirmação de um novo sujeito, protagonista desse processo, que é o Indígena Originário Campesino; e, conjuntamente, a transformação dos conceitos de nação e povo boliviano.

Em um primeiro momento, parecia coerente afirmar que se tratava de uma consequência da evolução do Direito Internacional, fruto da Convenção 169 da Organização Internacional do Trabalho, que previa princípios que se mostraram importantes, como a autodeterminação. Sem desconsiderar o suporte que essa convenção e as previsões multiculturais trouxeram para nossa compreensão do processo de ascensão da reivindicação étnica ou cultural por autonomia, na Bolívia foram movimentos sociais, de distintas origens e tradições de organização (sindicais ou originárias), que cunharam a ideia de um Estado plurinacional a ser ratificado por uma assembleia constituinte.

Ou seja, este é um projeto que nasce da articulação direta dos interessados – desde baixo – com a intenção expressa de descolonizar e refundar o Estado do qual nunca se sentiram parte. Trata-se, antes de tudo, de uma tomada consciente do Estado; muito maior que o desenvolvimento das leis internacionais ou da consciência multicultural de indigenistas

O presente trabalho apresenta uma reflexão sobre o constitucionalismo indígena na América Latina, tendo como objeto o caso da Bolívia, que teve seu Estado refundado pela nova constituição de 2009, com um texto que se dedica à superação da herança colonialista, valorizando a cultura milenar dos povos e nações que habitam o país. A justificativa que motivou a elaboração deste artigo foi a escassez de trabalhos acadêmicos que pretendam compreender a dinâmica latino-americana e seu papel na elaboração de soluções para as necessidades do próprio continente.

O problema proposto trata da necessidade de refletir sobre os desafios apontados a partir da mudança paradigmática que o constitucionalismo indígena representa, em especial sobre o sujeito dos direitos indígenas ora previstos (em uma sociedade composta por pessoas que possuem uma identidade e uma forma de vida intermediária entre o indígena e o *não indígena* ou “ocidental”) e sobre a relação entre as distintas ordens jurídicas (limite do direito indígena quando alcança direitos fundamentais, inserido em todos os textos constitucionais da América Latina).

É demonstrada a seguinte hipótese: não basta o texto constitucional constatar a plurinacionalidade boliviana ou, ainda, reconhecer direitos indígenas, para que as pessoas vivam em pé de igualdade material. O constitucionalismo indígena representa um passo na busca pela superação por motivos culturais, mas ainda persistem diferenças de ordem econômica, que determinam a titularidade prática dos direitos fundamentais.

2 Uma refundação desde abaixo

A relevância do *proceso de cambio* boliviano para os outros povos indígenas latino-americanos se explica pela composição de sua população com 2/3 se identificando como indígena e mestiça

(CENSO, 2001), com dois terços se auto identificando com a herança dos povos originários. Trata-se de um país composto por, pelo menos entre as reconhecidas oficialmente, trinta e seis nações diversas com idiomas próprios, sistemas econômicos, território, etc. Todas se articulam ao longo do processo para recusar o tratamento de meras etnias ou culturas diferenciadas (HARNECKER, FUENTES, 2008, p.140), e se afirmar como nações. Ou seja, trata-se de uma maioria demográfica que almeja cumprir o papel de maioria política, assumindo o poder depois de séculos de exclusão colonial.

Não que tenha sido necessário esperar o reconhecimento por parte do Estado boliviano: são nações e povos que sempre exercitaram uma “autonomia de fato” dentro de uma Bolívia que sempre comportou duas realidades nunca conciliadas: uma do Estado boliviano, outra das nações organizadas. Entre as formas de organizações originárias, estão o *ayllu* e a *marka*: formas comunitárias familiares, que partem de um parentesco presumido ou não, de membros que trabalham na mesma terra. Isso possibilitou que mantivessem a importância de sua organização social e o aprofundamento teórico/filosófico por trás das contribuições dos povos indígenas trouxeram ao constitucionalismo.

É nesse contexto – originário - que surge a assembleia constituinte, descrita na etnografia realizada por Salvador Schavelzon (2010) como a chegada de novos atores, indígenas e camponeses, ao Estado. Como observa Schavelzon (2009, p. 35): “‘O’ indígena – talvez mais do que ‘os’ indígenas – está no centro da fase política iniciada com a chegada do MAS-IPSP ao poder, com Evo Morales”.

A estratégia que adotaram foi se apropriar do instrumento “constituição”, forçando o Estado a reconhecer que não se tratam de culturas diferenciadas, mas de verdadeiras nações. Deste modo, refundando o Estado para a nova ideia de povo boliviano, que precisa ser plurinacional de modo a incorporá-los de forma não-subordinada.

Esse *proceso de cambio* parte da auto identificação como indígenas originários camponeses, um novo conceito indissociável, cumpre o papel de aglutinar povos e nações indígenas de terras altas e baixas da Bolívia, incluindo aqueles que por quaisquer motivos tenham adaptado as formas originárias de organização (como os *ayllus* e *markas*) sob novas consignais sindicais ou camponesas.

3 A Constituinte (2006-2009) como marco do processo

A história recente da Bolívia, desde o início dos anos 2000, deve ser compreendida como um período de revoltas populares e acontecimentos históricos que confrontaram a política neoliberal (com um Estado, além de excludente, mínimo), e possibilitando florescer rapidamente a bandeira por uma Assembleia Constituinte. Mas desde a história mais remota de sua criação, é a desigualdade socioeconômica, sempre relacionada ao aspecto étnico, que apresenta a necessidade aos povos originários de um novo projeto de Estado não voltado exclusivamente para uma minoria branca *criolla* ou europeia.

‘E parte desse momento, demonstrando o caráter anti-neoliberal, as conhecidas “guerra da água” em Cochabamba, 2002 e a “guerra do gás” em Tarija, 2003; e a disputa pela nacionalização do petróleo em 2005, a partir de um referendo de 2004. Tudo culminando na consolidação do indianismo katarista com a candidatura e vitória, em 2005, do primeiro presidente de etnia aimará, Evo Morales, com inéditos 54% dos votos, pelo MAS-IPSP (*Movimiento al Socialismo Instrumento Político por la Soberanía de los Pueblos*).

A transformação da disputa nas ruas para a disputa eleitoral vai se dar a partir do “Pacto de Unidade” entre distintos movimento sociais, sindicais, indígenas, de bairros: um “pacto materializado em um documento que se constitui um verdadeiro mandato popular. Surge assim como um governo de novo tipo cuja legitimidade não vem exclusivamente do exercício eleitoral, mas também de uma escolha social” (MONCAYO, 2013, p. 155, tradução própria).

O Pacto da Unidade assinado em 2006 por organizações que tanto se declaravam camponesas – CSUTCB, colonizadores, e a Central de Mulheres Camponesas Bartolina Sisa - quanto originárias – o Conamaq das terras altas, e Cido das terras baixas participarão ativamente do assessoramento da Constituinte (SCHAVELZON, 2010, 73-107). Eh resultado disso o fato do programa de governo masista ser marcado pela Agenda de Outubro (uma agenda criada em meio aos protestos populares), que se dedica -primeiro - à nacionalização dos campos de gás e, posteriormente, a convocatória de uma Assembleia Constituinte.

Como foi citado inicialmente, esse projeto político influenciado pelo indianismo katarista e por movimentos de esquerda e sindical, ocorre em meio ao desenvolvimento do direito internacional sobre os povos indígenas, como a Convenção 169 da OIT e a Declaração dos Direitos dos povos indígenas da ONU de 2007, mas parte localmente das organizações indígenas e suas longas marchas (unitárias entre povos de terras altas e baixas) na década de 90 (OLIVEIRA FILHO, 2014, p. 34). São povos de distintas tradições, os de terras altas (andinas) com grande expressão populacional; e os de terras baixas (como os amazônicos, guaranis, chiquitanos, ayoreos, guarayos, etc.) com parcelas menores e mais concentradas.

Um dos debates mais importantes travados na constituinte é o da definição do que constituía o *povo boliviano*. O projeto inicial do MAS foi transformado e ficou definido que nação boliviana é conformada pelos bolivianos e bolivianas, pelas nações e povos indígenas, e pelas comunidades interculturais e afro bolivianas (CPE, Art. 3º), sendo excluída do texto inicial a menção às comunidades urbanas de todas as classes sociais, demandada pelas correntes de esquerda. Conseqüentemente, a cidadania passa a assumir novas dimensões, assim como sua relação com a nacionalidade, identidade e cultura. Às nações e aos povos originários ou indígenas, protagonistas desse processo, são previstos direitos políticos específicos, rompendo lógica de igualdade formal do Estado liberal.

Entre as previsões inovadoras quanto à cidadania plurinacional está o direito ao voto e participação dos povos originários na Bolívia, inclusive o de realizar eleições de acordo com suas próprias regras. Os espaços políticos, como os parlamentos plurinacional e departamentais, ou os ministérios do Poder Executivo e a Corte Constitucional, deverão refletir proporcionalmente a composição da sociedade. Foram, ainda, previstos 36 idiomas oficiais além do castelhano, estando os governos obrigados a adotar ao menos dois idiomas - o castelhano e outra língua originária predominante naquele território. Pode parecer mais uma política multicultural, porém ultrapassa o mero reconhecimento e assume especial importância dada a proporção dos que falam línguas originárias (SCHAVELZON, 2010, p. 5).

Esse conjunto de transformações é apresentado pelos constituintes como uma Refundação do Estado, expressamente objetivando superar o colonialismo e o neoliberalismo. Fruto da conjuntura de afirmação das nações originárias e de uma proposta das organizações indígenas assumida pelo MAS, o caráter Plurinacional do Estado tornou-se o elemento mais importante do novo texto constitucional. Seu objetivo era superar dois modelos de Estado no que diz respeito à questão étnica: o monoculturalismo da assimilação e o multiculturalismo. Ao mesmo tempo simbolizava a construção coletiva de um pacto de Estado, que pela primeira vez conta com a participação ativa dos povos indígenas.

Partindo das experiências vividas pelas comunidades interculturais, foram reconhecidas novas fontes de produção de Direito: jurisdição originária, indígena ou campesina, suas autoridades, instituições, práticas e costumes. Dessa forma, os povos e nações indígenas passam a ter garantidos sua cultura, mas também o direito ao autogoverno e à administração de conflitos. As jurisdições ordinárias e indígenas integram o Poder Judiciário em igual hierarquia com a justiça ordinária e suas decisões deverão se acatadas por todas as pessoas e autoridades públicas. Essas competências jurisdicionais são atribuídas e organizadas segundo uma lei de *deslinde*, estando limitadas ao direito à vida e aos outros direitos constitucionais.

O autogoverno e a livre determinação desses grupos estão previstos no capítulo que trata da “autonomia indígena originária campesina”. As comunidades, nações ou povos que habitem territórios ancestrais podem elaborar um Estatuto próprio, organizando-se segundo seus próprios regulamentos, instituições, autoridades, procedimentos a fim de desenvolver e exercer as suas próprias instituições democráticas; de gerir e administrar seus recursos naturais; criar e administrar taxas, patentes e contribuições especiais em seu âmbito; administrar seus impostos; planificação e gestão de seu território, sistema elétrico, patrimônio cultural, natural, etc. (OLIVEIRA FILHO, 2014, p. 37). A intenção não é só superar o passado do Estado moderno liberal, mas com ele paradigmas que não se adequaram à realidade andina, como a agenda do multiculturalismo e do neoliberalismo, ambos identificados com os governos da década de 90.

Direcionada à convivência plurinacional, a nova CPE possui como um dos fundamentos de seu projeto a criação de uma nova forma de gestão política de territórios: as Autonomias Indígenas Originárias Campesinas. Esse ente novo não só expressa a preocupação dos constituintes em se materializar os direitos previstos, mas carrega em sua definição um debate complexo entre os atores sociais que pensaram a nova CPE, de modo a incluir toda base da *nova hegemonia* (STEFANONI, 2006, p.37; VALENÇA, 2014, p.101) que surge durante as revoltas populares dos anos 2000. Tudo isso é que conforma o processo de mudanças – ou *proceso de cambio* - reconhecido pelas Nações e Povos Indígenas Originários Campesinos (NePIOCs) e que aponta o objetivo de descolonização, mas que encontra dificuldades em ser promovido e concluído.

4 Novos conceitos para explicar o novo sujeito

Como se perceber, na Bolívia plurinacional, a *nação moderna* vai dar espaço ao *povo*: é na conceituação de povo boliviano que surge o novo sujeito indissociável chamado indígena originário campesino. O “IOC”, esse novo sujeito sem separação por vírgulas, tal qual nossos nomes e sobrenomes, é fruto do acúmulo de

setores dos sindicatos campesinos – que conduziram Evo Morales à política nacional – que viam na separação entre originários e campesinos a discriminação dos campesinos como não indígenas. A discussão conduzia ao tema de como nos últimos anos os sindicatos campesinos – e o próprio Evo Morales – assumiram uma identidade indígena, junto à de campesinos. (SCHAVELZON, 2009, p.41)

A intenção é encerrar o integracionismo (por exemplo, a transformação de indígenas em camponeses na Revolução de 52) ao mesmo tempo que se reconhece distintas formas de ser indígena, abrangendo “grupos étnicos nômades junto a comunidades camponesas com propriedade individual” (SCHAVELZON, 2010, p. 72-75). Esse entendimento é corroborado pela *Ley n° 031 Marco de Autonomías y Descentralización “Andrés Ibáñez”* de 2010 (LMAD):

Artículo 6, III, Naciones y Pueblos Indígena Originario Campesinos - Son pueblos y naciones que existen con anterioridad a la invasión o colonización, constituyen una unidad sociopolítica, históricamente desarrollada, con organización, cultura, instituciones, derecho, ritualidad, religión, idioma y otras características comunes e integradas. Se encuentran asentados en un territorio ancestral determinado y mediante sus instituciones propias, en tierras altas son los Suyus conformados por Markas, Ayllus y otras formas de organización, y en tierras bajas con las características propias de cada pueblo indígena, de acuerdo a lo establecido en el Artículo 2, el Parágrafo I del Artículo 30 y el Artículo 32 de la Constitución Política del Estado.

E, também:

Artículo 43 (CARÁCTER DE LO INDÍGENA ORIGINARIO CAMPESINO). Lo indígena originario campesino es un concepto indivisible que identifica a los pueblos y naciones de Bolivia cuya existencia es anterior a la colonia, cuya población comparte territorialidad, cultura, historia, lenguas y organización o instituciones jurídicas, políticas, sociales y económicas propias; y así se denominen solamente como indígenas o como originarios o como campesinos, pueden acceder en igualdad de condiciones al derecho a la autonomía establecido en la Constitución

Política del Estado, en sus territorios ancestrales actualmente habitados por ellos mismos y en concordancia con el Artículo 1 del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo. El pueblo afroboliviano está incluido en estos alcances, en concordancia con el Artículo 32 de la Constitución Política del Estado.

O texto da lei deve ser compreendido dentro da ressignificação dos conceitos de nação, identidade e etnia promovido pelo constitucionalismo indígena. Para os indígenas originários camponeses, a ideia de nação pode assumir dois significados e ser entendida como a nação liberal, enquanto cidadãos, ou etnocultural, enquanto povo (SANTOS, 2010, p. 122). A estratégia deles de adotar o formato de nação para si trata-se da luta pelo reconhecimento não só do caráter cultural de sua identidade, mas também de suas implicações jurídicas e políticas. Assim, acumulam na nacionalidade a identidade étnica e nacional, ressignificando-a e inserindo, daqui para a frente, essa transformação na Teoria do Estado e no Direito Constitucional.

Álvaro García Linera (2012, p. 39-41) explica que nações são artefatos políticos que criam um sentido de pertencimento a um tipo de entidade histórica, que congrega pessoas que não necessitam se conhecer, mas compartilham laços básicos quanto a uma história compartilhada. São fronteiras sociais, territoriais e culturais que existem no imaginário dos nacionais, concretizando-se em estruturas materiais e institucionais. Portanto, nações prescindem a existência de comunidades étnicas para serem consolidadas; se constituem geralmente como uma junção política de muitas etnias, gerando uma nova. Fato que, todavia, não ocorreu na Bolívia, apesar de toda tentativa de integracionismo, resistindo com forças as identidades aimará e quíchua.

As etnias podem ser descritas como comunidades que compartilham atributos culturais e uma cosmologia baseada no compartilhamento de uma ancestralidade em comum: baseando-se em diferenças de natureza biológicas, linguísticas e religiosas, ou exclusivamente baseadas no idioma. A memória coletiva que forma permite o imaginário de “uma trajetória única” que diferencia o grupo dos demais; a linguagem como um “arquivo vivo” da visão de mundo em comum. Sustenta, ainda, a demanda por territórios considerados ancestrais, que servem referência para a base identitária e simbólica de uma etnia. O caminho das etnias pode perpassar a criação de um estado, ou tornar-se parte de um estado multinacional; podem existir como majorias ou minorias. Além das ancestrais, há identidades produzidas pelo Estado, pela etnogênese ou como produto de políticas coloniais (LINERA, 2012, p. 33-34).

Mas também é possível a convivência entre as duas identidades. E, dentro do “espectro do processo identitário”, é possível que as identidades nacionais estejam mais diluídas quando comparadas às identidades étnicas; ou vice-versa (LINERA, 2012, p. 34). Esse é o caso da nacionalidade boliviana, que cumprirá o papel de uma segunda identidade, instrumentalizada conforme as situações concretas

vivenciadas por seus membros. Por exemplo, o uso da nacionalidade boliviana quando da utilização de serviços públicos do Estado ou da identidade (agora nacionalidade também) aimará quando da solução de conflitos internos.

Para Linera (2012, p. 42), a identidade contemporânea aimará é, tal qual todas, uma construção com um objetivo de criar uma lealdade subjetiva entre os que se identificam, tornando visível e ressignificando elementos compartilhados como o idioma, a história, os ancestrais, a religião, entre outros. O diferencial da identidade aimará na Bolívia, além do tamanho populacional, foi sua capacidade de produzir “elites culturais” e “estruturas discursivas” fortes o suficiente para reinventar uma história autônoma visando um futuro autônomo, e uma liderança que dê visibilidade a estas demandas (LINERA, 2012, p. 44).

Não é incomum a existência de Estados com variados graus de multiculturalismo em seus territórios, desde a Índia à Bélgica. Foi no Canadá que surgiram os principais autores a se dedicarem ao multiculturalismo dentro do Estado-nação, observando que os cidadãos querem ter reconhecida sua autenticidade (TAYLOR, 1994, p. 28). E apresentando propostas como a constituição de cidadanias multiculturais (KYMLICKA, 1995), de modo a garantir a proteção externa de grupos culturais minoritários com relação às maiorias, a partir de garantias legais diferenciadas para a proteção de um estilo de vida autêntico.

Apesar das reformas multiculturais terem promovido o debate que levaria à proposta plurinacional, não foram adequadas para realidade boliviana. Na Bolívia, não há uma “maioria” determinante que sustente essa certeza de que um grupo nacional vai continuar sendo hegemônico em razão de seu tamanho populacional. A plurinacionalidade é um projeto local que parte da agenda do multiculturalismo para superá-lo: o “Estado Plurinacional se distinguia da experiência das reformas da década de 90, consideradas multiculturalistas e, portanto, um reconhecimento meramente teórico das diferenças, não realmente descolonizador e marcado ela sua cumplicidade com a república liberal” (SCHAVELZON, 2010, p. 71)

Portanto, uma das formas de compreender esta Constituição parte do entendimento do plurinacional como superação do multicultural, que pode ser deduzido tanto do texto da nova CPE quanto do processo constituinte boliviano. O multiculturalismo implicou transformações no tratamento dos povos indígenas das ex-colônias, embora não rompessem com o passado colonial persistindo sociedades hierárquicas e excludentes, que desconsideravam sua diversidade cultural e perpetuavam as relações de dominação colonial. Por outro lado, a plurinacionalidade consiste em reconhecer as identidades étnicas originárias como nacionalidades equiparando-as à nacionalidade boliviana.

Esse processo intercultural permeia todo o espírito da nova CPE, culminando em previsões constitucionais sobre as próprias nações e povos indígenas - e sua territorialidade, autogoverno, justiça

originária - na direção ao almejado Estado Plurinacional. Uma das implicações é que esse Estado reconheça a existência de uma autonomia, baseada na resistência de formas de organizações comunitárias, como ayllu, sindicato, diretório e, mais recentemente, município. A intenção é incorporá-los ao novo Estado. No novo sistema constitucional, a Autonomia Indígena Originária Campesina (AIOC) é a alcunha que servirá como guarda-chuvas para organizar distintas nações e povos indígenas originários campesinos e todas essas formas de organização. É constitucionalmente positivado que a AIOC é o “âmbito de aplicação dos direitos indígenas no exercício de seus sistemas políticos, jurídicos e económicos conforme sua cosmovisão” (PLATA, 2009, p.247, tradução própria).

5 As autonomias indígenas originárias campesinas e as fragilidades da estratégia constituinte

A estratégia de encampar os espaços estatais vai se desenvolvendo desde a década de 90. A partir da Lei de Participação Política de 94, as NePIOCs vão se utilizar dos municípios como tática para ampliar sua de participação política, e com o tempo demandar a criação de municípios indígenas, com autoridades eleitas seguindo seus próprios costumes. Ainda que não atendidos, os “distritos indígenas” vão ser adotados para seguir essa direção, com *subalcades* eleitos segundo as tradições locais (ORTIZ e ZAMORANO, 2010, p.8).

Mas a autonomia das NePIOCs só ser plenamente projetada na Assembleia Constituinte de 2006-2009, embora tenha sido alterado a partir das reivindicações opositoristas da Media Luna por autonomias departamentais. Tal acordo impediria que as autonomias servissem para ideais de “reconstituição do *Qullasuyu*”¹ ou recuperação de terras perdidas na colonização. Graças à inclusão de uma frase, conforme aponta Salvador Schavelzon (2010, p. 457):

O acordo congressual, também faria modificações que afetariam a autonomia indígena e, também, sua indefinição estratégica. No artigo 291 da Constituição aprovada em Oruro, estipulava-se que “A conformação de entidades territoriais indígenas originários camponesas baseia-se na consolidação de seus territórios ancestrais, e na vontade da sua população, expressada em consulta, conforme normas e procedimentos próprios [...]”. Fazia-se lugar à reivindicação das organizações indígenas das terras altas (CONAMAQ) que impulsionavam há anos “a consolidação de territórios ancestrais”. Na versão revisada pelo Congresso (artigo 290), estabelece-se que “A conformação da autonomia indígena originário camponês se baseia em territórios ancestrais, atualmente habitados por esses povos e nações, e na vontade de sua população, expressa em consulta, de acordo com a Constituição e a Lei [...]”. É evidente como o adicionado “habitados por esses povos e nacionais” limita a quantidade de povo que poderão ascender à autonomia. (Grifo próprio)

No capítulo sétimo da Constituição boliviana, consta que a “autonomia indígena originária campesina” consiste na garantia autogoverno e livre determinação desses grupos. Ela é baseada nos territórios ancestrais, devendo passar por consulta e elaboração de um Estatuto próprio. Elas poderão ser unificadas à outras autonomias, e são exercidas segundo seus próprios regulamentos, instituições, autoridades, procedimentos, sempre em harmonia com a constituição (CPE, Art. 289, 290, I, II, Art. 292

e Art. 296). A lista de competência das autonomias é extensa, além das que podem ser transferidas ou delegadas. Há ainda competências compartilhadas e concorrentes com os outros entes do Estado Plurinacional (CPE, Art. 304, II).

Entre as competências exclusivas, pode desenvolver e exercer suas próprias instituições democráticas; gerir e administrar seus recursos naturais; criar e administrar taxas², patentes e contribuições especiais em seu âmbito; administrar seus impostos; planificação e gestão de seu território, sistema elétrico, patrimônio cultural, natural, etc.

Um dos conflitos de competência que mais implicam na plurinacionalidade é a questão da justiça. Todas as autonomias são atreladas à existência da justiça originária indígena campesina (JIOC), na mesma hierarquia que a ordinária, segundo a CPE. Mas para realizar a JIOC é criada uma lei específica, a Ley de Deslinde Jurisdiccional, gerando controvérsias com as demandas das NePIOCs: não está claro se só as AIOCs poderão utilizar a justiça originária, ou também se poderiam usá-la todas as NePIOCs. Expressamente a Lei se aplica às AIOCs, o que não as exime de problemas: a lei limita demasiadamente e acaba colocando a JIOC abaixo da ordinária, uma vez que os casos mais importantes são mandados à ordinária.

Depois de 2010, elabora-se a Lei Marco de Autonomias, que estabelece certos requisitos e vias para aceder à condição de AIOC. Não há limite de quantas autonomias poderão ser criadas, o Ministério de Autonomias previa mais de 100 municípios poderiam transformar-se em AIOC, a partir de um diagnóstico de municípios com maioria da população indígena originária campesina que mantém a língua originária (ALBÓ e ROMERO, 2009). Nesse momento, havia um discurso muito forte de recuperar o indígena, mas em 2015 esse discurso foi perdendo forças, por questionamentos sobre o sistema de autonomias, interesses pessoais, a influência do municipalismo, etc.

Afinal, são povos indígenas, mas que foram por muito tempo colonizados, e que absorveram muito o tema do município. Por exemplo, para ser autonomia indígena é preciso prestação de contas para a população e há um maior controle das autoridades com a possibilidade de ser destituído. Então pode ser mais interessante para uma autoridade, pessoalmente, manter a forma de município. Neste, há maior estabilidade de governança, há leis que descrevem a duração do mandato e que impossibilitam a população destituir a autoridade quando quiser. Portanto, o número de AIOCs pode ser bem menor que o estimado inicialmente, canalizando (novamente na história boliviana) a organização das entidades territoriais de NePIOCs para a forma de distritos indígenas, que pertencem ao município, mas que possuem maior flexibilidade na utilização de seus recursos.

6 A questão econômica aprofundando as contradições

O processo de mudança não é linear, apontando caminhos algumas vezes contraditórios, como o do modelo econômico. O governo do MAS, com uma forte visão desenvolvimentista, apostou em primeiro lugar no papel do Executivo no crescimento econômico à custa de retrocessos nas linhas indianistas (SCHAVELZON, 2010, p. 435-436). Por isso a ideia de um “capitalismo andino-amazônico”, com fundamentos econômicos na recuperação dos recursos naturais e na nacionalização (LINERA, 2006, p. 28), de onde viriam o capital que poderia impulsionar as outras economias previstas pelo Estado, como a economia comunitária. Em suma, o objetivo seria colocar as rendas dos hidrocarbonetos sob controle do Estado, redistribuindo-a entre comunidades e aplicando no serviço público (QUIJANO, 2006, p. 17-18).

A busca pela interculturalidade não significou o fim de profundas desigualdades econômicas, que serviu ao colonialismo e por ele continua a ser perpetrado. Essas desigualdades influem, principalmente, de dois modos: de um lado retroalimentação diferenças sociais; por outro fragilizando os modos de vida culturais, tradicionais ou comunitários perante o desenvolvimentismo do Estado.

Este último é visível quando da necessidade da aplicação de direitos à prévia consulta frente a interesses do desenvolvimentismo implementado pelos próprios governos que promoveram as constituições, com frequentes relatos de descumprimento tanto na Bolívia como no Equador.

Além disso, trata se de um processo completamente relacionado com o momento político do país, vivenciando avanços e retrocessos, demarcadamente de transição. Uma vez que confrontam conceitos moderno, como nação e soberania, transformando o Estado e a justiça. Santos (2012, p.14) observa que esses processos constituintes inauguram um processo de transição histórica de longo prazo, mas a sociedade vive a curto prazo. Isso fragiliza a transição, que pode ser desviada ou boicotada pela velha política. Portanto, esses projetos constituintes estão especialmente sujeitos a um processo de desconstitucionalização.

Outro ponto que já chama atenção na conjuntura inaugurada com a nova constituição, é o frequente choque entre os novos princípios – em especial os relacionados ao bem viver e a mãe Terra – com o modelo econômico de exploração de recursos naturais e do neodesenvolvimentismo empregado pelo governo masista. Essa disputa demonstra que o colonialismo não foi, todavia, extirpado do Estado boliviano, em que pese o reconhecimento de sua existência e o objetivo explícito de descoloniza-lo.

7 Conclusão

Como se pode perceber, os povos indígenas latino-americanos, que resistem há séculos ao colonialismo, começam a tomar protagonismo na construção das recentes constituições que surgiram

no continente. O atual momento do constitucionalismo local reflete essa realidade, incorporando demandas e elementos da cosmovisão desses povos e nações, especialmente nos países andinos.

Não à toa, as expectativas criadas pelo texto constitucional, que tem a plurinacionalidade como projeto, foram altas. As previsões fundadas na contribuição indígena contrastavam com o modelo de Estado liberal existente, falando em direitos da natureza e pluralismo jurídico.

Entretanto, o período de implementação das novas constituições tem demonstrado a dificuldade de transformação material da realidade indígena nesses Estados. Não são poucos os casos de supressão, por exemplo, do direito à consulta em nome do neodesenvolvimentismo que permeia os governos que promoveram as novas constituições. Da mesma forma exalta-se a Pachamama desde Estados que ainda buscam explorar recursos naturais não renováveis. No presente trabalho, fica demonstrada que a autonomia também sofre revés ao não ser implementada; bem como a descolonização expressa pelos constituintes, quando se parte do período colonial como critério de obtenção de direitos aos indígenas originários campesinos.

A principal conclusão do presente análise é que, para a Bolívia alcançar o objetivo maior de construir um Estado Plurinacional - não só formalmente, mas materialmente – necessita novos passos em direção a uma real descolonização. A força criativa das nações e povo indígenas originários campesinos não se esgotou com a constituinte, embora tenha sido estancada com o sucesso em adentrar o espaço estatal. Atualmente, através de novas organizações (tais como a CONAIOC – *Coordinadora Nacional de Autonomías Indígenas*) buscam implementar as autonomias, lidando com a descolonização não só no texto, mas no dia-a-dia da gestão de seus territórios.

A atual Constituição representa um avanço, mas é um projeto político fruto de um período de transição histórica que ainda precisa ser concluído. O constitucionalismo indígena não pode se encerrar com o fim de uma Assembleia Constituinte, mas demanda luta e resistência em sua implementação, principalmente nas tarefas cotidianas que a transformação das instituições antigas demanda.

Referências

ALBÓ, X; ROMERO, C. **Autonomías indígenas en la realidad boliviana y su nueva Constitución**. La Paz: Vicepresidencia del Estado, Presidencia del Honorable Congreso Nacional, 2009.

BOLÍVIA. **Nueva Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolívia**, 2009.

BOLÍVIA. Ley n° 031 Marco de Autonomías y Descentralización Andrés Ibáñez, 2010.

HARNECKER, Marta; FUENTES, Federico; **MAS-IPSP, de Bolívia**. Instrumento político que surge de los movimientos sociales. La Paz, 2008.

INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA DE BOLIVIA. **Censo Nacional de Población y Vivienda 2001**: Resultados nacionales. [2001]

KYMLICKA, Will. **Multicultural citizenship**: A liberal theory of minority rights. Oxford: Clarendon Press, 1995.

- LINERA, Álvaro G. Indigenous Autonomies and the Multinational State. In: BIALAKOWSKY, Alberto *et al.* (Comp.). **Latin American Critical Thought: Theory and Practice**. Buenos Aires: CLACSO, p. 27-82, 2012.
- LINERA, Álvaro G. El capitalismo andino-amazónico. **Le monde diplomatique**, v. 4, p. 38, 2006.
- MONCAYO, Héctor-León. Las nuevas constituciones en América Latina. Algunas reflexiones de contexto. **El Otro Derecho**, nº 48, p. 135-168, 2013.
- OLIVEIRA FILHO, G.B.G. Cultura, identidade e cidadania no novo constitucionalismo latino americano. In: **4º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito**, 2014, Niterói. Anais do 4º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito - GT 04: CIDADANIA, DIREITO À CIDADE E DESCOLONIALISMO NO ÂMBITO DO NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO AMERICANO. Niterói: PPGSD-UFF v. 4, p. 29-40, 2014.
- ORTIZ, M. V., e ZAMORANO, I.B. **Autonomías Indígenas, Un Proceso a Construir**. La Paz, Bolívia: FAM-Bolívia, 2010.
- PLATA, Wilfredo. **De municipio a autonomía indígena**. Los once municipios que transitan a la Autonomía Indígena Originaria Campesina. Reconfigurando territorios. Reforma agraria, control territorial y gobiernos indígenas en Bolívia (Informe 2009) La Paz: Fundación Tierra, 2009.
- QUIJANO, Aníbal. Estado-nación y movimientos indígenas en la región Andina: cuestiones abiertas. **Osal**, v. 7, n. 19, 2006.
- SANTOS, Boaventura de Souza. **Refundación del Estado em América Latina**. Perspectivas desde uma epistemologia del Sur. La Paz: Plural, 2010.
- SCHAVELZON, Salvador. **A Assembleia Constituinte da Bolívia**: etnografia do nascimento de um Estado Plurinacional. Tese de Doutorado. Niterói: PPGAS-Museu Nacional, 2010.
- SCHAVELZON, Salvador. As Categorias Abertas da Nova Constituição Boliviana. Formação do Estado Plurinacional: Alguns Percursos Intelectuais. **Revista Lugar Comum**, n. 27, p. 35-60, 2009.
- STEFANONI, Pablo. El nacionalismo indígena en el poder. Movimientos Sociales y gobiernos en la región Andina. **Resistencias y alternativas**. Lo político y lo social, 2006, p. 37-44.
- TAYLOR, Charles *et al.* **The politics of recognition**. Multiculturalism: Examining the politics of recognition, v. 25, p. 25, 1994.
- VALENÇA, D. Bolívia: crise de Estado, disputa hegemônica e ressignificação democrática. In: BELLO, Enzo; VAL, Eduardo Manuel (Org.). **O pensamento pós e descolonial no novo constitucionalismo latino-americano**. Caxias do Sul: EDUCS, 2014, p. 87-102.



REDES FEMINISTAS REGIONAIS: a construção decolonial dos Direitos Humanos das mulheres latino-americanas

Mariana Torreão Brito Arcoverde¹

RESUMO: A exposição do eurocentrismo subjacente às pautas feministas que se arvoram universais já não é fato recente. Todavia, o reconhecimento de uma subalternidade específica, crivada pela diferença colonial, ainda não se traduziu em avanços concretos nas condições de existência das mulheres. Na América Latina, em face das dificuldades encontradas no âmbito doméstico, muitas organizações vêm se unindo em redes feministas que ultrapassam as fronteiras nacionais. Confrontando a atuação dessas redes com as teorias decoloniais, o presente estudo se propõe a analisar a possível construção dos Direitos Humanos das mulheres latino-americanas em um viés decolonial, ao identificar os principais temas escolhidos por essas organizações quando de sua atuação nas cortes regionais e internacionais de Direitos Humanos.

Palavras-chave: Direitos humanos das mulheres. Redes feministas regionais. Feminismo latino-americano. Feminismo decolonial.

ABSTRACT: The exposure of the subjacent eurocentrism of the feminist causes that claim to be universal is not a recent fact. However, the acknowledgement of a specific subalternity, riddled with colonial difference, has yet to render concrete advances in women's conditions of existence. In Latin America, due to difficulties found within domestic reach, many organizations are coming together as feminist networks which surpass national frontiers. Making a parallel between the performance of such networks and decolonial theories, this study aims to analyze the possible construction of the human rights of Latin American women in a decolonial bias, through the identification of the main themes chosen by the organizations when operating in the regional and international Human Rights courts.

Keywords: Women's Human Rights. Regional feminist networks. Latin American feminism. Decolonial feminism.

1 Introdução

O fortalecimento da perspectiva de gênero nas agendas políticas, bem como na formação de uma cultura de equidade contextualizada, possuem uma demanda crescente por ações conjuntas e não adstritas às barreiras nacionais, principalmente na América Latina, dada a sua histórica e presente colonização. A partir disso, a investigação em curso se propõe a construir uma reflexão sobre as

¹ Mestranda no Programa de Pós-graduação em Direitos Humanos (PPGDH-UFPE) – marianatba@gmail.com.

contribuições ds redes feministas latino-americanas para o desenvolvimento dos Direitos Humanos das mulheres na região em viés decolonial, a partir da análise de atuação de uma entidade regional, o Comitê Latino-Americano para a Defesa dos Direitos da Mulher - CLADEM.

Para alcançar o proposto, serão utilizadas informações coletadas através de pesquisa documental, pesquisa de dados textuais e referenciais disponíveis na Internet, publicações da própria entidade e pesquisa bibliográfica em literatura relativa ao assunto. Especial atenção será dada às circunstâncias sócio-econômicas e étnico-raciais que cercam as mulheres vítimas nos casos de Direito Internacional promovidos pelo CLADEM, que constam no seu website oficial.

Para a análise dos movimentos feministas latino-americanos de forma mais acurada, procura-se compreender uma construção do saber contra-hegemônica que evite a mera importação de conhecimento, nos termos dos estudos decoloniais e do pós-colonialismo. A despeito de suas enormes contribuições, os grandes teóricos dos estudos pós/de-coloniais, como Cesaire e Fanon, não lograram cotejar o desafio ao etnocentrismo com as categorias de sexo e sexualidade; por essa razão, este trabalho recorre à instância especificamente feminista do de/pós-colonialismo, na qual sobressaem as indianas Chandra Mohanty e Gayatri Spivak, e as latino-americanas Sônia E. Alvarez, Teresa Valdés, Karina Bidaseca e Ochy Curiel.

Quanto às “agentes” mobilizadoras, as entidades da sociedade civil – ou redes – transnacionais feministas, que articulam entidades nacionais, ONGs, organizações e mulheres, surgidas pela necessidade de atuar politicamente de forma coordenada a nível internacional, trocando informação e recursos, compactua-se com o entendimento de que elas implementam uma agenda comum e fortalecem cada organização e instituição, possibilitando intercâmbios e ações conjuntas na região.

2 A articulação do feminismo em redes na América Latina

Na América Latina, o percurso dos feminismos, expressos no plural, dada a variedade de países, raças e classes da região (STERNBACH et. al., 1994), passa pela luta de reconhecimento enquanto campo teórico próprio, legitimação esta beneficiada pelo surgimento das teses de/pós-coloniais, e por um processo de integração global e regional das práticas dos movimentos sociais em uma “dinâmica transnacional, através de redes formais e informais, gerando articulações inovadoras e significativas” (VALENTE, 2008, p. 159-160). Tal movimento está inserido no contexto daquilo que Scherer-Warren (2006) chama de rede de redes, isto é, relações estabelecidas de forma inter-organizacional entre integrantes de organizações da sociedade civil a fim de trocar experiências, desenvolver estratégias de ação colaborativa e agir, dentro de seus fins políticos comuns, pela transformação social.

Tal conceito só pode ser alcançado a partir de um avanço dentro dos esquemas das teorias políticas clássicas (realismo, estruturalismo etc.), de forma a superar a compreensão estreita dos atores

internacionais apenas enquanto entidades fixadas – Estados, indivíduos e organismos internacionais subordinados aos Estados – para abarcar critérios pautados pelo processo, pela dinâmica das interações que ocorrem no cenário internacional, fora de uma concepção estática. Tais critérios permitem, inclusive, que movimentos sociais, tal qual o feminismo, possam ser considerados atores igualmente válidos no cenário das relações internacionais.

No final dos anos 1980, início dos anos 1990, impulsionadas pelas conferências mundiais no âmbito da ONU - Copenhague (1980), Nairóbi (1985) e Beijing (1995), que seguiram a do México (1975) os movimentos feministas promoveram diversos encontros e conferências, dos quais resultaram inúmeras interações transnacionais. Tal fenômeno estava em consonância, ademais, com o clima geral de "globalização" dos movimentos sociais, promovido, ao menos em parte, pela exponente participação de grupos expressivos desses setores de base nas dinâmicas da política internacional.

A multiplicidade de redes permite que uma variedade de atores internacionais se interconectem, das esferas mais comunitárias às mais globais, viabilizando, dessa forma, o diálogo entre estes agentes e a troca de valores entre as organizações. Na seara especificamente feminista, as redes possuem a característica singular de utilizar o gênero como categoria de análise para a significar e ressignificar as problemáticas que as mobilizam; de forma ainda mais específica, as redes feministas na América Latina se propõem a confrontar a categoria de gênero com outras, implementando recortes de raça, classe e etnia.

Assim é que no contexto latino-americano, encontram-se operantes, hoje, organizações como a Red de Mujeres Afrolatinoamericanas, Afrocaribeñas y de la Diáspora, a Articulación Feminista Marcosur, a Red de Salud de las Mujeres Latinoamericanas y del Caribe, a Red Latinoamericana de Mujeres Transformando la Economía, o Fondo de Mujeres del Sur e o Comitê da América Latina e Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, o qual será examinado adiante.

Logo, se o que está por trás do conceito de redes de redes proposto por Scherer-Warren é a interação entre organizações ou sujeitos que tomam parte em níveis organizacionais outros – local ou comunitário, nacional etc – através da construção de uma identidade coletiva, cujos objetivos e projetos comuns conferem-lhe o sentido de unidade, o movimento feminista latino-americano vem demonstrando passos decididos em favor da construção de tais redes a partir de uma identidade de/pós-colonial; a partir da experiência oprimida das mulheres de Abya Yala.

3 A demanda feminista decolonial

O percurso (ou percursos) do feminismo é marcado por autoquestionamentos, cisões e reconsiderações epistemológicas. Seguindo tal linha de pensamento, o feminismo hodierno, frequentemente qualificado de pós-feminismo ao lado de outras vertentes que representam o sentimento

de viver nas fronteiras do presente (BHABHA, 1998), apresenta bandeiras diferentes daquelas que ostentou nas suas “versões” primevas. Se é certo que antes debatia-se acerca do patriarcado e da opressão dos homens sobre as mulheres, atualmente a discussão trata da própria possibilidade de um patriarcado universal, como também das “mulheres” como um grupo de identidade fixada. Isso deriva, ao menos parcialmente, do abalo sofrido pelas ciências e pela teoria do conhecimento quanto à noção de sujeito, de representação e de conceitos universalizáveis. Nos dizeres de Butler, “o próprio sujeito das mulheres não é mais compreendido em termos estáveis ou perenes” (1999, p. 4, tradução nossa).

As obras de Sedgwick e Butler, representando um diálogo do feminismo com a teoria Queer, estabeleceram uma verdadeira desconstrução: se os gêneros são uma formulação social, em um contraponto ao “sexo dado”, não existem razões para conjecturar que devam continuar em número de dois. Por isso, a asserção de Butler: “[...] homem e masculino podem, com igual facilidade, significar tanto um corpo feminino como um masculino, e mulher e feminino, tanto um corpo masculino como um feminino” (1999, p. 10, tradução nossa). Ainda, a autora põe em questão a pretensa base unificada do feminismo, que seria o combate ao patriarcado como um todo universal. Persistindo na afirmação de que tal conceito oculta as diferentes e assimétricas estruturações de gênero nos diversos contextos culturais, diz:.

Uma vez que o feminismo busca ser integralmente relacionado às lutas contra a opressão racial e colonialista, tornou-se ainda mais importante resistir à estratégia epistemológica colonizante que subordinaria diferentes configurações de dominação sob a rubrica de uma noção transcultural de patriarcado (BUTLER, 1999, p. 46, tradução nossa).

Conquanto seja representativo o fato de que as próprias teóricas estadunidenses e europeias, especialmente as aqui trazidas, estejam assumindo as incongruências de um feminismo único, persistem certas limitações na valorização das teorias feministas que se desenvolvem única e exclusivamente nos países desenvolvidos: na verdade, se até mesmo a crítica feminista do Terceiro Mundo estadunidense, nos dizeres de Sandoval (2004), não tem recebido o merecido reconhecimento como um meio de teoria cultural, pode-se questionar se isto não é um sintoma de um verdadeiro apartheid dos campos teóricos.

Ainda, deve-se assumir que, mesmo quando ditas teóricas se inclinam sobre as experiências do ser mulher nos países da periferia do mundo, existirá sempre a grande probabilidade de que elas impliquem-se em representações totalitárias, figurações. Esse alerta é feito Spivak (2010, p. 119), quando diz que a figura da mulher negra e subalterna desaparece “não em um vazio imaculado, mas em um violento arremesso que é a figuração da ‘mulher do Terceiro Mundo’, encurralada entre a tradição e a modernização”.

Essa dimensão da colonialidade pode ser percebida na produção acadêmica que, embora desenvolvida nos países centrais, situa seu objeto de pesquisa e escrita sobre as mulheres de países

periféricos, resultando em uma colonização das heterogeneidades histórico-materiais experienciadas por tais sujeitos e esboçando um composto único “mulheres-do-Terceiro-Mundo”, formando arbitrariamente uma representação (MOHANTY, 1988). Tal representação implica, ainda, a própria auto-apresentação das feministas do Ocidente enquanto a personificação das liberdades seculares, motivo pelo qual Mohanty sustenta que re-apresentação e auto-apresentação se sustentam reciprocamente; uma categoria requer a outra para viabilizar-se.

Em que pese o vanguardismo das autoras indianas em questionar a construção eurocêntrica de uma representatividade ficta da mulher não ocidental, certo é que o fazem a partir da sua cosmovisão, imersas em uma cultura própria. Uma vez que a proposta deste trabalho particulariza sua abrangência à América Latina, será necessário buscar, igualmente, elementos forjados no seio dos estudos feministas dessa região.

Nesse sentido é que entendemos a necessidade de acionar feministas latino-americanas e/ou, de um modo geral, aquelas afinadas com um pensamento feminista pós-colonial/decolonial, uma vez que a proposta deste trabalho volta-se para o contexto da América Latina. Tal ancoragem, em verdade, é que permitirá trazer à baila a categoria da interseccionalidade de gênero, raça, etnia e classe, uma vez que:

Las feministas negras y afrocaribeñas han denunciado cómo el pensamiento de las mujeres burguesas, blancas y, majoritariamente, de países desarrollados, ha convergido con la epistemología del sujeto universal, ocultando la composición multirracial-cultural-étnica-sexual-etc. de las sociedades en general y de Latinoamérica en específico [...] Dicha crítica ha posibilitado levantar nuevas categorías de análisis de la realidad propia, como la de ‘violencia racial’, abriendo oportunidades para una mejor comprensión de fenómenos estrechamente imbricados como género y raza (RIQUELME; ROMERO; OBREQUE, 2010, p. 65-66).

4 Mulheres, colonização e a América Latina

Partindo do pressuposto de que as mulheres na geografia do “norte” (América do Norte, Europa) são oprimidas, reprimidas e estereotipadas graças a um arranjo social misógino, impõe-se considerar que, em territórios de histórica colonização, tais aspectos foram entrecruzados com os processos de alteridade e subalternidade que se percebem nos povos colonizados. Para compreender tais contextos sociais, o gênero enquanto categoria analítica - que surge no final do século XX em contraponto a sexo para ressaltar sua característica substancialmente social, em oposição ao determinismo biológico - precisa ser revisitado. Observando que o simples uso da expressão, embora evidencie o caráter relacional do gênero, não coteja tal aspecto da experiência humana em perspectiva com outros, como classe, raça e etnia, torna-se necessário, aos estudos de gênero, pensá-lo em conjunto com outras temáticas, o que possibilita um desenvolvimento de teorias feministas mais sensíveis às particularidades de contextos fora do eixo eurocêntrico.

A esse exercício, os teóricos e as teóricas vêm designando o título de *interseccionalidade*, que revela que todos esses aspectos das relações de poder e dominação são fundamentalmente imbricados

e atuam de forma tanto estrutural quanto histórica (ALONSO; DÍAZ, 2012). Tal perspectiva, quando voltada ao contexto latino-americano, habilita uma forma de análise que melhor assimila a condição de existência dessas mulheres.

Quando se principiou a compreensão de que “o feminismo”, no singular, não logra exaurir todas as facetas da experiência do ser mulher, especialmente a partir do surgimento e fortalecimento do chamado feminismo negro/feminismo de cor, uma das categorias mais utilizadas foi a da dupla opressão. Voltando-se posteriormente ao contexto dos territórios cuja história remontava ao imperialismo colonial, tal análise foi empregada com frequência sob a alcunha de dupla colonização, terminologia associada à obra *A Double Colonization: Colonial and PostColonial Women's Writing* de Holst-Petersen e Rutherford (ASHCROFT; GRIFFITHS; TIFFIN, 2000), a qual evidenciava o fato de que a condição feminina em contextos coloniais é subjugada tanto pelo patriarcado quanto pelo imperialismo norte-sul.

A concepção de dupla colonização surgiu a partir de uma certa confluência entre os estudos decoloniais/pós-coloniais e a teoria feminista, uma vez que ambos ocupam-se da subalternidade, da marginalização e, em uma perspectiva ampla, da alteridade marcada em determinados sujeitos a partir da cristalização de formas de ser binárias, hierárquicas e excludentes. Cumpre ressaltar que, a despeito de suas enormes contribuições, os grandes teóricos dos estudos pós-coloniais não chegaram a cotejar o desafio ao etnocentrismo com as categorias de sexo e sexualidade (CURIEL, 2007); foram as críticas das teóricas feministas, como bem o fez Lugones, que complexificaram o tema ao pensar a colonialidade de gênero. Por colonialidade, destaca-se, a autora deseja nomear não apenas uma classificação de povos em termos de colonialidade, mas “o processo de redução ativa das pessoas, a desumanização que as torna aptas para a classificação, o processo de sujeitificação e a investida de tornar o/a colonizado/a menos que seres humanos” (LUGONES, 2011, p. 108).

Tais estudos revelaram ainda que, afora as ressonâncias da violência física empreendida sobre as mulheres no decorrer da colonização, permanecem os efeitos da colonialidade do saber, ou seja:

Para além do legado de desigualdade e injustiças sociais profundos do colonialismo e do imperialismo, já assinalados pela teoria da dependência e outras, há um legado epistemológico do eurocentrismo que nos impede de compreender o mundo a partir do próprio mundo em que vivemos e das epistemes que lhes são próprias (PORTO-GONÇALVES apud LANDER, 2005).

Entende-se, ademais, que o preconceito de gênero e raça agudiza o processo de outremização da mulher colonizada. Nos dizeres de Bonnici (2007), a dupla colonização afeta a mulher negra, que é objeto do poder colonizador geral e da subjugação patriarcal doméstica. Se há uma hierarquia sublimada no âmbito de pares binários mutuamente excludentes, a mulher colonizada estará no lado subalterno da dicotomia homem/mulher, branco/negro. Ressalta-se, ainda, a defesa do autor de que o fim do colonialismo não dissipou a opressão das mulheres nas ex-colônias. Todavia, o esquema da dupla

opressão, ainda que seja emblemático o seu aporte inaugural para os estudos do feminismo negro, ainda reproduzirá a lógica positivista das categorias fixas e binárias acaso não se tenha o cuidado de evitar tomar-lhe como uma simples “soma” de opressões.

Mais profícuo do que somar as opressões, como nos dizem Alonso e Diaz (2012), é buscar compreender a matriz de dominação que as fundam, pois é esta matriz que, permanecendo oculta, permite manter os sujeitos como separados, tematizados em áreas fragmentadas e hierarquizantes e, desse modo, enfraquecer os processos de resistência. Ainda segundo os autores, a perspectiva interseccional, que é múltipla, multifacetada, promove análises complexas sobre as formas pelas quais a “ferida colonial” se materializa nos corpos situados em processos particulares de dominação patriarcal e racista.

Nos ajuda a compreender esses processos subjetivos o argumento de bell hooks (apud FEMENÍAS, 2013) quando nos diz que, ao largo da história, quando os homens brancos racistas violam as mulheres negras ou de cor, afirmando sua posição como colonizadores/conquistadores no campo sexual, real ou fantasioso, não o fazem necessariamente para efeitos de dominação, porém de autoafirmação masculina, heterossexual e de poderio econômico. A autora vai além, indicando que subjaz uma nostalgia imperialista, a qual ocorre quando aquelas mesmas pessoas que contribuíram para o fim de certos modos de relação (sexistas, racistas) acabam por ansiar a volta destes, numa nostalgia advinda de uma estereotipação e romantização do “primitivo”.

Analisando por outro viés, Curiel (2007) expõe o mito da democracia racial na América Latina e seus perigos. Por meio de violações sexuais sistemáticas, a mestiçagem foi uma prática compulsória durante o período colonial, visando a embranquecer a população, “melhorar a raça”. A existência do mestiço e da mestiça permitiu, assim, a construção do conceito de democracia racial como elemento fundante da representação nacional latino-americana e o resultado é que, em países como o Brasil, o racismo permanece invisibilizado. A tarefa das feministas afrodescendentes na América Latina passa a ser justamente exhibi-lo, seja na segregação baseada em raça no serviço público, na divisão sexual e racial de trabalho, que relega às mulheres não-brancas os trabalhos de menor remuneração e valorização; na imagem estereotipada das negras na mídia.

5 Redes feministas regionais e os Direitos Humanos das mulheres: o caso do CLADEM

Conforme anteriormente aventado, os feminismos na América Latina vêm convergindo para movimentos transnacionais desde há muito, podendo-se remontar o início desse fenômeno aos primeiros encontros feministas regionais, iniciados em 1981 (VALENTE, 2008). A partir desses encontros e conferências, redes formais e informais começaram a se formar entre grupos e mulheres feministas, sendo que uma das primeiras expressões dessa dinâmica foi a fundação do Comitê da

América Latina e Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) em 1987, com a missão de “contribuir à transformação social e à construção de democracias radicais, a partir de uma perspectiva de interseccionalidade, que reconhece a diversidade cultural, étnico-racial, sexual e social, para o pleno exercício e desfrute dos direitos humanos das mulheres” (CLADEM, 2015).

A rede, seja a partir das suas articulações internas nos quinze países onde tem base – Argentina, Bolívia, Brasil, Colômbia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicarágua, Panamá, Peru, Paraguai, Porto Rico, República Dominicana e Uruguai – seja em suas atividades mais amplas, junto à Organização dos Estados Americanos (OEA) e à Organização das Nações Unidas (ONU), se propõe a contribuir para a promoção e defesa dos direitos humanos das mulheres latino-americanas.

A atuação do CLADEM se perfaz em três eixos: formação, monitoramento e litígio. O primeiro diz respeito, principalmente, ao investimento que a rede empenha na formação contínua de suas associadas a partir do financiamento de cursos, despesas com palestras e até mesmo a consecução de bolsas para que participem de programas de Pós-graduação em seus países ou no exterior. Todavia, engloba também a organização de seminários e oficinas pelo próprio CLADEM, destinadas às mulheres do público em geral.

O monitoramento é o eixo que leva a rede a acompanhar, nos países, como vêm se desenvolvendo as políticas públicas referentes aos direitos das mulheres. Inclui “o desenvolvimento de propostas de legislação nacional; processos de incidência na elaboração ou implementação de políticas públicas; a articulação de alianças para influenciar espaços de poder nacionais e internacionais envolvidos no cumprimento das obrigações em matéria de direitos humanos, bem como a produção de materiais para divulgar e promover os direitos das mulheres, de acordo com os mais elevados padrões de proteção” (CLADEM, 2015).

O litígio, todavia, é indubitavelmente o que destaca o CLADEM das demais redes de mulheres/feministas na América Latina e Caribe. Desenvolvendo suas integrantes enquanto mulheres advogadas especialistas no Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Comitê vem colecionando *cases* de sucesso no continente americano e também junto à ONU, onde possui status consultivo. Tal êxito resultou na confecção e distribuição de uma série de publicações nas quais a rede faz uma espécie de curadoria da jurisprudência em matéria de direitos das mulheres nas Américas e no mundo, como também compartilha suas experiências e estratégias, tornando de domínio público sua expertise no assunto. Tal feito fica evidente na publicação denominada “Manual do Litígio Internacional a partir da experiência CLADEM” (CLADEM, 2011), que trata-se de uma verdadeira cartilha para que outras organizações possam utilizar-se do direito internacional como forma de mudar o *status quo*, principalmente no que se refere às questões de gênero.

No referido manual, coaduna-se com a hipótese levantada neste trabalho o seguinte encaminhamento:

Recomenda-se considerar a multiplicidade de violações ocorridas aos direitos das mulheres, incluídos os direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. Também é fundamental levar em conta as intersecções do direito vulnerado com os aspectos de gênero, idade, condição econômica e social, raça/etnia, etc. (CLADEM, 2011, p. 23).

Isto é: os processos internos de seleção dos casos a serem considerados pelo Comitê estão em consonância com a sua missão de implementar o aspecto da interseccionalidade de gênero com outros marcadores sociais e tal categoria, por sua vez, está estreitamente relacionada às pautas de um feminismo decolonial, como visto anteriormente. Entretanto, para além da visão superficial do escopo do CLADEM percebida através de um manual de litígio, cumpre investigar os casos considerados emblemáticos que estão dispostos em seu website oficial, os quais são, na tabela a seguir, subdivididos em temáticas e países, e cotejados com as circunstâncias que cercam/cercavam as mulheres vítimas de violação:

Tabela 1 - Litígios internacionais do CLADEM

Caso	Âmbito	Temática	Circunstâncias
LNP, Argentina	ONU	Violência sexual	Indígena, pobre
LMR, Argentina	ONU	Aborto	Deficiente mental, pobre
KLL, Peru	ONU	Aborto	-
MZ, Bolívia	OEA	Violência sexual	-
MCL, Brasil	OEA	Violência doméstica contra as mulheres	-
Maria da Penha, Brasil	OEA	Violência doméstica contra as mulheres	-
Campo Algodonero, México	OEA	Femicídio-feminicídio	Migrante interna, pobre
NM, Paraguai	OEA	Reconhecimento de filiação a uma menina	-
MM, Peru	OEA	Violência sexual	Campesina, pobre
Mamérita Mestanza, Peru	OEA	Esterilização forçada	Campesina, indígena, pobre

De início, esclarece-se todos os casos acima transcritos estão exibidos no website da instituição, todos com um *hiperlink* que remete a um breve relato do caso, nos quais constam os dados que permitiram preencher a coluna de Circunstâncias. Portanto, os casos em que a coluna está em branco significam meramente que, pela falta de detalhamento do próprio relato, não foi possível conhecer especificidades acerca das condições sócio-econômicas da vítima, tampouco recortes de etnia e raça.

A partir do esquema acima, percebe-se que a atuação do CLADEM abarca, mas não se restringe às pautas mais “universais” do feminismo, tal qual a questão do aborto que, embora coberta de urgência, não esgota os problemas identificados na América Latina. Enquanto feministas no norte global podem estar no momento de reivindicar igualdade salarial, como se vê nas recentes campanhas de atrizes hollywoodianas, ou direito à livre sexualidade que, repita-se, são causas inadiáveis e que devem ser conquistadas, na América Latina as mulheres lutam para não fazerem parte de mais um número nas estatísticas assombrosas de violência doméstica e feminicídio. Além do mais, mesmo que todas as

temáticas acima sejam observadas como reinvidações unânimes do feminismo, e o deveriam ser, há uma infinidade de implicações diferentes para cada uma delas a depender do cenário em que ocorrem.

As referências às circunstâncias sócio-econômicas e aos marcadores étnico-raciais não aparecem à toa; não no relato contido no website do CLADEM e tampouco neste trabalho. Pode-se compreender melhor as particularidades do contexto latino-americano, que perpassa os casos acima descritos, acaso se fizer notar o liame de similitude entre eles: a impunidade, o tempo de resposta do sistema judicial em atender à demanda posta e chegar-se a uma condenação. Em países cujos repertórios sociais sustentam noções coloniais de dominação do homem sobre a mulher, que reproduzem o preconceito étnico-racial crivado pela marca da escravidão de negros e pelo genocídio de povos indígenas e cuja estrutura social ainda não saiu completamente da casa grande-senzala, a noção da gravidade dos crimes contra as mulheres pobres, negras, indígenas e/ou campesinas é relativizada às últimas consequências.

6 Considerações finais

De acordo com o levante bibliográfico inicialmente proposto, verifica-se que as diferenças histórico-culturais influenciam a teoria e a prática do feminismo, ao ponto de que, no ensinamento de Bidaseca (2011), não mais a oposição homem/mulher, mas sim as diferenças entre as próprias mulheres são o novo eixo articulador do feminismo. A partir do pensamento pós/decolonial, as teorias femininas passam a analisar veementemente a intersecção entre gênero e raça, numa importante exposição de vozes historicamente silenciadas e outremizadas que, dimensionadas também pela colonialidade do saber, sofreram verdadeira ruptura de todas as possibilidades reais de fala.

Para que seja possível empreender uma análise fundamentalmente complexa e completa da condição de existência das mulheres na América Latina, não basta recorrer ao uso das chaves de leitura feminista ocidentais, posto que estas, frequentemente, partem de pressupostos positivistas de um patriarcado a-histórico e a-cultural. Tampouco é suficiente buscar compreender as opressões dos corpos femininos geograficamente situados em contextos coloniais através de um método somatório, como se as marcações sociais fossem algarismos numéricos que se somam sem alterar qualitativamente uns aos outros. A marca “latina” do ser mulher latino-americana não adiciona uma opressão a um ser “mulher” fixado; ele altera profundamente a própria percepção desse sujeito mulher.

Logo, as chaves de leitura para o feminismo situado, da e para a América Latina, podem ser beneficiadas em grande medida por um entendimento relacional de gênero, afastado, por um lado, de concepções essencialistas e de base biológica e, por outro, imbricado com os múltiplos aspectos da subalternidade, em meio à trama de dominação no qual está tecido. Tal perspectiva, como ensinam Alonso e Díaz (2012), habilita a compreensão do modo pelo qual a colonização introduziu o sistema de

gênero capitalista eurocêntrico-colonial sem precisar recorrer a uma hierarquização das opressões, mas construindo categorias móveis e despreendidas da lógica da fragmentação que permitem resistir ao padrão de poder moderno colonial em sua amplitude.

Na frente pragmática do feminismo decolonial, podemos conceber as redes feministas, a partir do exemplo do CLADEM, enquanto atores sociais novos e de grande potencial para subverter a lógica colonial misógina persistente na América Latina. O território teórico alimenta o prático e é por ele alimentado; arrisca-se a acreditar, junto com Matos (2010) que essa nova forma de pensar, isto é, a perspectiva transversal que percebe raça, gênero, classe etc. como fenômenos imbricados, desdobra-se na obrigação de se pensar em estratégias de ação integradas e transversais, construídas em articulação pelo Estado e pela sociedade civil.

Nesse cenário, parece verossímil que as redes regionais estejam em vantagem: por um lado, formam alianças transnacionais, unem esforços e agregam conhecimentos/experiências que as redes domésticas talvez não alcancem. Por outro, em comparação com as iniciativas globais, as regionais possuem pautas comuns, vivências que, reconstruindo sua história, chegam a um passado compartilhado de colonização cujas garras ainda estão fincadas no presente. Ao se apropriarem do direito internacional dos direitos humanos, das relações internacionais, da diplomacia, da *advocacy*, isto é, de espaços antes impensáveis para mulheres, essas redes acumulam um enorme poder subversivo e podem, efetivamente, fazer a diferença no direitos das mulheres latino-americanas.

Referências

ALONSO, Gacriela; DÍAZ, Raúl. Reflexiones acerca de los aportes de las epistemologías feministas y descoloniales para pensar la investigación social. In: **Debates Urgentes – Dossier**: Pensamiento crítico y cambio, Año 1, nº 1, 2012.

ASHCROFT, Bill; GRIFFITHS, Gareth; TIFFIN, Helen. **Post-colonial studies**: the key concepts. 2nd ed. New York and London: Routledge, 2000

BHABHA, Homi. **O local da cultura**. Belo Horizonte: UFMG, 1998.

BIDASECA, Karina. Mujeres blancas buscando salvar a las mujeres color café de los hombres color café. O reflexiones sobre desigualdad y colonialismo jurídico desde el feminismo poscolonial.. In: BIDASECa, Karina; VAZQUEZ LABA, Vanessa (Comp). **Feminismos y poscolonialidad**: descolonizando el feminismo desde y en América Latina. Buenos Aires: Ediciones Godot, 2011

BONNICI, Thomas. Teoria e crítica pós-colonialistas. In: BONNICI, Thomas; ZOLIN, Lúcia Osana (orgs.). **Teoria Literária**: abordagens históricas e tendências contemporâneas. 3ª ed. Maringá: Eduem, 2009, p. 257-286.

BUTLER, Judith. **Gender Trouble**. Nova Iorque e Londres: Routledge, 1999.

CLADEM. **Manual do Litígio Internacional a partir da experiência CLADEM**, Lima, 1ed., dez. 2011b.

CLADEM. **Nossa visão e missão**. 2015. Disponível em: <<http://cladem.org/po/sobre-o-cladem>>. Acesso em: 30 out. 2015.

CURIEL, Ochy. Crítica poscolonial desde las prácticas políticas del feminismo antirracista. **Revista Nómadas** (Col), Bogotá, n. 26, p. 92-101, abril 2007. Disponível em: < <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=105115241010>>. Acesso em: 30 out. 2015.

FEMENÍAS, María Luisa. **El género del multiculturalismo**. Bernal: Universidad Nacional de Quilmes, 2013.

LANDER, Edgardo (Org). **A colonialidade do saber: eurocentrismo e ciências sociais**. Perspectivas latinoamericanas. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Colección Sur Sur, CLACSO, setembro 2005.

LUGONES, María. Hacia un feminismo descolonial In: **La matanza de la discordia**, Julio – Diciembre, Año 2011, Vol. 6, N. 2: 105- 119.

MATOS, Marlise. **A representação política feminina na América Latina e Caribe: condicionantes e desafios à democracia na região**. 34º ENCONTRO ANUAL DA ANPOCS Caxambu – 25 a 29 de outubro de 2010. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_details&gid=1290&Itemid=350>. Acesso em: 30 out. 2015.

MOHANTY, Chandra Tapalde. **Under Western Eyes: Feminist Scholarship and Colonial Discourses**. *Feminist Review*, Basingstoke, n. 30, p. 61-88, 1988. Disponível em: <<http://www.jstor.org/discover/10.2307/1395054?uid=2&uid=4&sid=21105085604153>>. Acesso em: 30 out. 2015.

RIQUELME, Vivianne Hasse; ROMERO, Lucy Ketterer; OBREQUE, Ana Arellano. El punto de vista de las mujeres: la epistemología feminista. Un acercamiento desde la historia y la política. In: **Educación y Humanidades** – Vol. 1, N] 1, p. 46-69, 2010.

SANDOVAL, Chela. Nuevas ciencias. Feminismo cyborg y metodología de los oprimidos. In: ALEXANDER, M. Jacqui et al. **Otras inapropiables: feminismos desde las fronteras**. Madri: Traficantes de Sueños, 2004.

SCHERER-WARREN, Ilse. Das mobilizações às redes de movimentos sociais. **Soc. estado.**, Brasília, v. 21, n. 1, p. 109-130, abril. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922006000100007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 30 out.. 2015

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

STERNBACH, Nancy Saporta et al . Feministas na América Latina: de Bogotá a San Bernardo. **Rev. Estud. Fem.** Florianópolis: UFSC, n. 02, Junho de 1994. Disponível em: < <https://periodicos.ufsc.br/index.php/ref/article/view/16213>>. Acesso em: 27 out. 2015.

VALENTE, Virginia Vargas. **Feminismos en América Latina: su aporte a la política y a la democracia**. Lima: Fondo Editorial de la Facultad de Ciencias Sociales, 2008.

POR UMA EPISTEMOLOGIA CRÍTICA, PLURIVERSAL E DESCOLONIZADA EM DIREITOS HUMANOS

Paulo Renato Vitória¹

RESUMO: O presente trabalho pretende apresentar algumas propostas teóricas e epistemológicas para contribuir ao esforço coletivo que é a construção de uma perspectiva pluriversal, crítica e decolonial sobre direitos humanos. Parto da hipótese de que as concepções dominantes no Ocidente em torno dos direitos humanos (tanto nas vertentes positivistas/relativistas quanto nas jusnaturalistas/universalistas) são provenientes de uma racionalidade específica – entre outras tantas possíveis – marcada por uma visão de mundo individualista, patrimonialista, acumulativa, abstrata, pós-violatória e excludente. Assumo que tais concepções obedecem a uma estrutura de poder marcada pelo vínculo inseparável entre modernidade e colonialidade, e que as mesmas serviram historicamente tanto para promover a emancipação de alguns seres humanos quanto para legitimar um complexo esquema de dominação (colonialidade do poder, do saber e do ser) que condena a imensa maioria da humanidade a uma vida indigna e naturaliza – como se tratasse de algo necessário e inevitável – uma ideia fetichista de progresso e crescimento infinito, que atualmente ameaça a própria possibilidade de manutenção da vida humana sobre a Terra. Defendo que uma perspectiva pluriversal, crítica e decolonial deve renunciar à busca de qualquer tipo de proposta universal ou universalizável e assumir, como ponto de partida, que são muitas as formas de entender as relações humanas e naturais que são compatíveis com o horizonte utópico da busca de um mundo onde caibam muitos mundos, plurais e diversos. Porém, ao mesmo tempo, reconheço que nem tudo vale igual, ou seja, que existem concepções radicalmente contrárias à existência de outros mundos possíveis em condições de igualdade, pois supõe, justificam, legitimam ou ignoram diferentes formas de relações de exploração, dominação, humilhação e império entre os seres humanos e a exploração irresponsável da natureza.

Palavras-chave: Epistemologia. Pensamento crítico. Direitos humanos. Decolonialidade. Pluriversalidade.

ABSTRACT: This paper presents some theoretical and epistemological proposals to contribute to the collective effort that is building a pluriversal, critical and decolonial perspective on human rights. I start from the assumption that the western dominant conceptions about human rights (both positivist/relativistic and natural law/universalist perspectives) comes from a specific rationality - among other possible - characterized by a individualistic, patrimonial, exclusionary, accumulative, abstract and post violatory vision of the world. I assume that these concepts obey

¹ Doutorando em Desarrollo y Ciudadanía: Derechos Humanos, Igualdad, Educación e Intervención Social pela Universidad Pablo de Olavide (Sevilha, Espanha). Mestre em Filosofia pela PUCRS (2007) e graduado em Ciências Jurídicas e Sociais, também pela PUCRS (2005). Bolsista da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (Processo nº BEX 1589/13-0). E-mail: prvitoria@gmail.com. Currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8986945132379877>.



a power structure marked by the inseparable link between modernity and coloniality. This structure has historically served to the emancipation of some specific groups of human beings and, at the same time, to legitimize a complex scheme of domination (coloniality of power, knowledge and being), which condemns the vast majority of humanity to an undignified life and naturalizes - as if it were something necessary and inevitable - a fetishist idea of progress and infinite growth, which currently threatens the very possibility of sustaining human life on Earth. I argue that a pluriversal, critic and decolonial perspective must renounce the pursuit of any kind of universal or universalizable proposal and assume as a starting point, that there are many ways to understand human and natural relationships that are compatible with the utopian horizon of a world where many plural and diverse worlds fit. But at the same time, it must recognize that not everything worth the same, distinguishing that there are many visions radically opposed to the existence of other possible worlds on equal terms, which suppose, justify, legitimate or ignore different types of relations based on exploitation, domination, humiliation and empire between humans and irresponsible exploitation of nature.

Keywords: Epistemology. Critical thinking. Human Rights. Decolonization. Pluri-versality.

1 Introdução

Todo conhecimento ou discurso, científico ou não, se sustenta sobre determinadas premissas, as quais necessariamente implicam na aceitação – expressa ou tácita – de determinados valores, sejamos ou não conscientes dos mesmos. Por mais coerente e racional, do ponto de vista lógico-formal, que seja um conhecimento ou discurso, ele jamais será neutro, independentemente da intenção do autor. Paradoxalmente, os discursos e conhecimentos que apresentam a si próprios como neutros, mesmo os que partem de um relativismo radical em que *tudo vale igual*, são precisamente os mais parciais (e perigosos), pois carregam consigo a pretensão da validade universal de suas premissas (no caso do relativismo radical, o que prevalece é a lei do mais forte).

Um discurso com a prerrogativa de neutralidade se coloca acima de qualquer contingência e tende, portanto, a ser intolerante com outras perspectivas, taxadas como passionais, irracionais, ideológicas, etc. Os universalismos, por sua parte, conduzem a uma percepção do *outro* – que não compartilha das mesmas premissas “universais” – não apenas como diferente, mas também como inferior, enquanto os relativismos extremos conduzem a que coloquemos no mesmo patamar todas as diferentes concepções de mundo – individuais e coletivas – existentes, inclusive aquelas que supõe, legitimam ou naturalizam a dominação, a humilhação, a exploração, a opressão e a destruição de outros indivíduos, culturas e do único planeta habitável que conhecemos até o momento.

Se nenhum discurso é neutro, ignorar as premissas que fundamentam epistemologicamente o que pensamos pode conduzir-nos a produzir e reproduzir discursos muitas vezes contraproducentes e,

em última instância, contrários aos nossos objetivos e valores. Lutar contra determinadas formas de dominação utilizando instrumentos e teorias que, em última instância, reproduzem e naturalizam as mesmas lógicas de dominação pode, paradoxalmente, servir para conquistar avanços particulares e, ao mesmo tempo, reforçar estruturas que asseguram a reprodução de tais dinâmicas a uma escala maior, difusa e complexa. Entretanto, problematizá-las, questioná-las e enfrentá-las criticamente nos permite construir um discurso mais profundo, preciso e coerente.

O humanismo ocidental, que vem se consolidando – jurídica, filosófica e culturalmente – como hegemônico a nível mundial ao longo dos últimos séculos, deve ser estudado e analisado sempre contextualmente, como um produto cultural (HERRERA FLORES, 2009b) inserido em um determinado marco epistemológico delimitado no espaço e no tempo, procedente de uma racionalidade específica, entre tantas outras possíveis, não obstante a sua pretensão universalista (e, por conseguinte, exclusiva e excludente). Um estudo crítico desse discurso deve problematizar suas premissas, invariavelmente apoiadas na ideia (visível ou oculta) da superioridade da civilização europeia/anglo-americana², cristã, burguesa, patriarcal, moderna e colonial e de suas formas de conhecimento por sobre todas as demais (VITÓRIA, 2015).

Apesar de carregar consigo um certo potencial emancipatório – sobretudo no campo dos chamados direitos e garantias individuais contra o Estado – e alimentar as esperanças de diversos indivíduos e coletivos que lutam por um mundo melhor, o discurso dominante sobre direitos humanos termina, na prática, neutralizando o potencial transformador destes mesmos sujeitos inconformados, convertendo suas lutas e rebeldias, mesmo que frontalmente *opostas ao* sistema dominante, em lutas e rebeldias sempre *dentro do* sistema dominante, domesticando – de certo modo – seu horizonte utópico. Por se tratar de um conceito com um significado hegemônico tão profundamente arraigado no imaginário coletivo mundial, quando falamos em direitos humanos é fundamental definirmos com clareza desde que perspectiva nos encontramos e quais são as nossas motivações éticas, epistemológicas e políticas.

Adotar, sem problematizar, o discurso dominante sobre direitos humanos é uma atitude que nos vincula, queiramos ou não, a todo um sistema de valores que perpetua e legitima diversas formas de dominação, seja entre nações, seja entre indivíduos e coletivos diversos. Um sistema de valores que privilegia epistemologicamente uma visão individualista do homem e da sociedade (BOBBIO, 2004), e define como direito humano universal uma forma específica de propriedade, de caráter privado, excludente, absoluto e ilimitado, em detrimento de todas as outras existentes e passíveis de serem concebidas.

² Sobre as diferenças entre o colonialismo britânico nos Estados Unidos e o colonialismo ibérico no resto da América Latina, ver QUIJANO & WALLERSTEIN, 1992.

O presente trabalho pretende apresentar algumas críticas à epistemologia que respalda tal discurso dominante, através de uma reflexão em torno do caráter particularmente ocidental, cristão/burguês e colonialista das suas premissas, defendendo a ideia de que existem (e podem vir a existir) inúmeras outras epistemologias diferentes sobre direitos humanos – estes entendidos como princípios políticos para uma convivência livre de dominações, humilhações, opressões, etc. de outros indivíduos, culturas e do ambiente em que vivemos todas e todos, oriundos de diferentes realidades e portadores de diferentes concepções de mundo – individual e coletivamente. Defendo neste texto a possibilidade e a necessidade de construção de uma concepção de direitos humanos que seja pautada por uma aposta ética e consciente no direito de existência – livre de qualquer forma de dominação – de muitas concepções de mundo, plurais e diversas, desde que compatíveis com a coexistência simultânea e igualmente digna de outras diferentes concepções de mundo, de uma maneira horizontal, tanto intra como interculturalmente.

Nesse sentido, o único critério que pode ser concebido como “universal” (e que, portanto, está acima de todas as contingências) é a necessidade de se combater todas as formas de dominação entre os seres humanos e também todas as formas de interação com o ambiente natural não humano que nos rodeia (e proporciona as condições necessárias para a vida) que coloquem em risco a possibilidade de manutenção da vida humana sobre a Terra.

O trabalho está dividido em três partes, sendo a última delas uma reflexão a modo de conclusão. Na primeira, proponho uma problematização em torno da epistemologia que respalda os *direitos humanos realmente existentes*³, com a finalidade de identificar quais são os sujeitos históricos retratados em tais declarações, bem como quais são as concepções de mundo privilegiadas e potencialmente discriminadas pelas mesmas. Na segunda parte do trabalho, a partir da ideia de que existem outras formas de conceber direitos humanos diferentes da dominante, proponho uma discussão em torno da falsa dicotomia, instaurada pela própria modernidade/colonialidade⁴ ocidental – que trata como opostos o jusnaturalismo (que estabelece uma moral absoluta) e positivismo jurídico (que assimila o direito à lei) –, argumentando que a mesma contribui para neutralizar os debates em torno da construção de alternativas. Defendo que ambas correntes filosóficas servem para perpetuar a dominação da mesma visão de mundo sobre todas as demais, seja pela imposição do universalismo abstrato cristão e/ou burguês, seja pela

³ Me refiro aos direitos consagrados pelo chamado Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos, em especial o sistema das Nações Unidas.

⁴ Seguindo a sugestão de Walter D. Mignolo, utilizo a expressão “modernidade” acompanhada de sua característica mais inseparável, a “colonialidade”. Segundo esse autor, “A grande mentira (ou talvez o grande erro e a grande ignorância, se se preferir) é fazer acreditar (ou acreditar) que a modernidade superará a colonialidade quando, na verdade, a modernidade precisa da colonialidade para instalar-se, construir-se e subsistir. Não houve, não há e não haverá modernidade sem colonialidade. Por isso, precisamos imaginar um futuro outro e não mais a completude do projeto incompleto da modernidade” (MIGNOLO, 2013, p. 35, tradução minha).

imposição de um direito formal que representa esta mesma visão de mundo, sob a aparência de neutralidade e impessoalidade, sendo o nihilismo (negação da moral) uma falsa alternativa, na medida em que também serve para legitimar essa mesma lógica de império. Por último, a modo de conclusão, proponho uma breve reflexão em torno das possibilidades de subverter os direitos humanos, dentro de uma perspectiva alternativa e transformadora, ao invés de simplesmente renunciar a este instrumento de dominação construído verticalmente pelo Ocidente.

2 Desde onde pensamos o direito e os direitos humanos? Quem é o sujeito universal abstrato retratado nas declarações e normas de direitos humanos?

Há que ser mais que um homem para ser reconhecido como humano
(ALBA RICO, 2011).

Os manuais tradicionais de filosofia do direito costumam tratar da evolução histórica dos direitos humanos levando apenas em consideração as lutas e conquistas oriundas dos países europeus e anglo-americanos e representativas de apenas uma parcela destas sociedades. Segundo Norberto Bobbio, os direitos humanos teriam passado por pelo menos três fases em sua jornada, desde o direito natural cristão/burguês até os dias atuais. Para ele,

os direitos do homem nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos particulares, para finalmente encontrarem sua plena realização como direitos positivos universais. A Declaração Universal contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos, e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais. (BOBBIO, 2004, p. 19).

O que se omite, entretanto, pode revelar muito mais do que se evidencia através da historiografia dominante. Por trás das três etapas narradas por Bobbio, está invariavelmente pressuposta a premissa da superioridade dos europeus sobre as demais culturas. Consolida-se também a dominação da racionalidade burguesa sobre todas as demais.

O “universalismo abstrato” dos direitos naturais, assim como a sua positivação nas primeiras legislações nacionais e sua suposta “universalização concreta” em 1948, representa e favorece apenas uma visão de mundo, entre outras possíveis. Uma visão colonialista e dominadora, que se estende para além do saqueio dos recursos naturais e do extermínio massivo de seres humanos: um processo de dominação que também se dá no campo epistemológico. Nas palavras de Boaventura de Sousa Santos e Maria Paula Meneses,

o colonialismo, para além de todas as dominações por que é conhecido, foi também uma dominação epistemológica, uma relação extremamente desigual de saber-poder que conduziu à supressão de muitas formas de saber próprias dos povos e/ou nações colonizados. (SANTOS E MENESES, 2009, p. 13).

O humanismo abstrato da modernidade ocidental (que, como já foi dito, é a outra face do colonialismo) encobre e invisibiliza uma infinidade de visões de mundo diferentes das europeias e anglo-americanas, incluindo muitas concepções mais avançadas em termos de reconhecimento do *outro* como igualmente digno de respeito e em termos de respeito à natureza. Nós, povos colonizados e saqueados pelos europeus, seguimos tratando como universal a história contada por eles. Somos levados a tratar como universais as conquistas da burguesia ocidental moderna/colonial, entre elas, os direitos humanos burgueses. Interiorizamos aquilo que Anibal Quijano (2009) chamou *colonialidade do poder*, que é, segundo este autor, um dos elementos constitutivos do padrão mundial de poder capitalista. Para ele, “O eurocentrismo não é exclusivamente, portanto, a perspectiva cognitiva dos europeus, ou apenas dos dominantes do capitalismo mundial, mas também do conjunto dos educados sob a sua hegemonia”. (QUIJANO, 2009, p. 74).

Para Enrique Dussel (1993, p. 8), entre diversos outros autores, a chegada dos europeus na América é o ato constitutivo da modernidade europeia e, por conseguinte, do moderno sistema-mundial (WALLERSTEIN, 2000), configurado a partir de uma divisão extremamente assimétrica entre o centro (metrópole) e a periferia (colônia) na divisão internacional do trabalho e do comércio, entrecruzada por um padrão de poder étnico racial e de gênero (QUIJANO, 2009), que persiste até a atualidade. O massacre da população nativa e a pilhagem de seus recursos, sua mão de obra e de sua espiritualidade é a condição para que as promessas de emancipação, de liberdades e garantias individuais começassem a ganhar força do outro lado do oceano. Segundo Boaventura de Sousa Santos, a “negação de uma parte da humanidade é sacrificial, na medida em que constitui a condição para a outra parte da humanidade se afirmar como universal.” (SANTOS, 2009, p. 31).

Os filósofos do iluminismo europeu⁵, ao passo que defendiam a existência de direitos naturais inerentes aos seres humanos, não incluíam nesta categoria os povos colonizados e escravizados, ou apenas silenciavam quanto à sua existência. As primeiras declarações de direitos humanos produzidas pelas revoluções burguesas refletem esse pensamento abissal (SANTOS, 2009). Foram construídas à medida das necessidades da burguesia europeia em sua luta contra os privilégios das classes e setores sociais dominantes na Idade Média. Para Helio Gallardo:

Os direitos humanos modernos possuem um caráter burguês. Isso quer dizer, inicialmente, que os direitos humanos expressam e buscam proteger em seu nível, que é principalmente jurídico, as características sociais do burguês e a lógica de império social que o constitui. Para tanto, se proclamam estas características (igualdade, liberdade e independência empresariais,

⁵ Apenas para dar um exemplo, para John Locke (1632-1704), amplamente considerado como um dos principais ideólogos dos direitos humanos modernos, os nativos americanos que não respeitassem a concepção de propriedade privada dos colonizadores, esta concebida como direito natural (no mesmo patamar do direito à vida e à integridade física), poderiam ser aniquilados pelo proprietário ofendido como bestas selvagens (LOCKE, 2001, sobretudo parágrafos 11, 23, 34, 47 e 48). Para um estudo aprofundado do mecanismo de inversão dos direitos humanos no pensamento de John Locke, ver HINKELAMMERT, 1999.

propriedade e acumulação capitalistas, felicidade e segurança, lucro) como direitos *naturais* próprios dos seres humanos. Ser humano consiste em ser burguês, é idêntico ou homologável com ser burguês, e isso deve resguardar-se jurídica e eticamente. (GALLARDO, 2000, p. 118).

Tais declarações de direitos, que representam a positivação formal das aspirações burguesas, supõe pelo menos três *diferenças* importantes que caracterizam o sujeito idealizado como portador de direitos humanos, cujas aspirações particulares são tomadas como universais. Em primeiro lugar, mantêm intacta a premissa já existente na tradição humanista cristã, com relação à superioridade europeia sobre o resto do mundo, que Walter Dignolo (2013) denominou como *diferença imperial*. Introduce o elemento da *colonialidade do poder* (QUIJANO, 2009), ou *diferença colonial* (MIGNOLO, 2013), algo que também já havia sido incorporado pelo pensamento cristão da primeira modernidade (BALDI, 2014). É importante mencionar que ambas diferenças retratadas acima – imperial e colonial – são permeadas e entrecruzadas por outras, como o patriarcado, o racismo, a heteronormatividade, o adultocentrismo, etc. A grande novidade, entretanto, atinge também o nível intracultural: a introdução da premissa da diferença (no sentido de superioridade, privilégio) da racionalidade burguesa, fundada na defesa incondicional da propriedade privada, do lucro e da acumulação capitalistas, por sobre todas as outras racionalidades existentes e/ou possíveis.

Os direitos naturais reconhecidos na Declaração estadunidense são “o gozo da vida e da liberdade com os meios de adquirir e de possuir a propriedade e de buscar e obter felicidade e segurança” (art. 1º) e os da Declaração francesa são “a liberdade, a propriedade, a segurança e a resistência à opressão” (art. 2º). Apesar das pretensões “universalistas” de ambos documentos, não há nenhuma referência expressa com relação aos pobres, escravos, índios e mulheres (TRINDADE, 2011, p. 98). O mundo colonial e as atrocidades nele cometidas pelos europeus também são ignorados completamente.

Do ponto de vista jurídico, a grande inovação dessas declarações burguesas foi a introdução do princípio da igualdade formal, segundo o qual todos os seres humanos somos igualmente portadores de um direito apenas pelo fato de termos assegurada uma igual possibilidade abstrata de exercê-lo, caso tenhamos recursos materiais que nos permitam. Entretanto, o exercício dos direitos humanos burgueses, proclamados como universais, é – na prática – um privilégio dos indivíduos que possuem uma base material para tal.

Nesse sentido, os direitos humanos burgueses se convertem em mercadorias, universalmente disponíveis a todos os seres humanos que possam pagar. O Estado passa a ser configurado para garantir o exercício dos mesmos e, para tal, coloca seu aparato repressivo à disposição da burguesia para punir a quem os transgride. Assim, nasce o Estado de Direito moderno. Um Estado a serviço da

propriedade burguesa, que garante liberdades abstratas a todos os seres humanos, com a condição de que o seu exercício não represente uma ameaça às lógicas de acumulação capitalista.

Todas as liberdades concebidas pela burguesia supõem, como pano de fundo, o respeito a uma única forma de conceber a propriedade. Não uma forma qualquer, compatível com outras, mas uma que tende a impor-se sobre todas as demais e a expandir-se, dado seu caráter individual, absoluto, ilimitado e exclusivo. A livre expressão, a liberdade de consciência, a livre iniciativa, a livre circulação e a liberdade religiosa, por exemplo, são asseguradas a todas e todos, mas tendem a ser monopolizadas pelos indivíduos ou grupos que atuam dentro da lógica acumulativa desse sistema. Da mesma forma, sempre que seu exercício represente uma ameaça às lógicas de acumulação capitalista, as próprias dinâmicas do sistema (oficiais ou não) tratam de silenciá-las ou deslegitimá-las.

Como já foi dito anteriormente, para o discurso dominante, a aprovação da chamada Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, fundada num duvidoso consenso (após duas guerras mundiais e pouco tempo após a primeira – e única, até hoje – detonação de bombas atômicas contra civis indefesos), significaria a verdadeira universalização dos direitos humanos, momento em que os direitos burgueses passam a ser universais, independentemente da sua fundamentação filosófica e da sua procedência. Como se pode facilmente identificar, quando olhamos para eventos históricos como a invasão da América por parte dos europeus, a escravidão dos nativos e a estruturação de um comércio transatlântico de milhões de indivíduos oriundos de diversas nações africanas, além de muitos outros exemplos, o extermínio massivo de seres humanos não foi uma invenção de Adolf Hitler ou de Harry Truman. Ocorre que, além de ter perdido a guerra, o nazismo utilizou, pela primeira vez, tais métodos contra europeus, brancos (CESAIRE, 1978), o que explica o porquê de Hitler ser muito mais satanizado pela história dominante, por exemplo, do que Truman, que os utilizou contra asiáticos e, de quebra, esteve do lado vencedor.

De todos modos, o cenário de medo e perplexidade generalizado em que se encontrava o mundo após tais demonstrações de desprezo pela vida humana foi uma condição sem a qual não teria sido possível a aprovação do conteúdo evidentemente ocidental e burguês da Declaração de 1948 e a consequente construção do chamado Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas. Para Gregório Pérez Almeida:

Sem a naturalização da guerra e sua não-ética, que se legitimou como hegemônica nos imaginários coletivos dos povos do mundo com a detonação das duas bombas atômicas sobre Hiroshima e Nagasaki, em agosto de 1945 (além de outros bombardeios massivos sobre populações civis, por exemplo, Dresde e Tóquio, anteriores às duas bombas), não seria possível que o desenho global dos direitos humanos se posicionasse nestes mesmos imaginários coletivos como a única alternativa que possuem os indivíduos e os povos para conter o poder imperial e assegurar as condições e garantias mínimas de sobrevivência. (PÉREZ ALMEIDA, 2011, p. 120, tradução minha).

Através da solidificação do mito dos direitos humanos universais como “única alternativa” para guiar as lutas por emancipação e sobrevivência, a concepção burguesa de direitos humanos consolidou-se como hegemônica jurídica e culturalmente na maior parte do planeta. O atual processo massivo de globalização da cultura ocidental impõe a todo o planeta os mesmos mecanismos de dominação coloniais, porém travestidos de uma presunção de neutralidade, legitimada pela ideia de igualdade formal e que se materializa nos conceitos-fetice de “meritocracia” e “desenvolvimento”⁶. Noutro trabalho, aponte algumas consequências práticas da “globalização” das concepções burguesas de direitos humanos, ressaltando que não se trata de uma lista fechada:

1) Imposição dos valores particulares burgueses a todo o planeta; 2) Priorização dos direitos individuais e de uma visão individualista em detrimento dos demais direitos e perspectivas; 3) Desencorajamento das discussões em torno da fundamentação e do conteúdo dos direitos humanos; 4) Compatibilização dos direitos humanos com o modo de produção capitalista e com a transformação de tudo (inclusive o próprio capital) em mercadoria; 5) Normalização das desigualdades sociais através do reconhecimento de liberdades e garantias meramente abstratas, o que as converte em artigos de consumo, sujeitos às leis do mercado; 6) Imposição de um modelo de democracia representativa de baixa intensidade em escala planetária, que tende a ser controlada pelo poder econômico; 7) Mitigação da consciência coletiva da humanidade com relação ao Holocausto, e aos bombardeios atômicos de Hiroshima e Nagasaki; 8) Criação de um imaginário de paz y de humanismo, não obstante à realidade de guerras, violência, desigualdade, fome e destruição da natureza que marcam o mundo pós 1948; 9) Deslegitimação de todas as formas de resistência armada contra o sistema dominante, através da construção de um imaginário hegemônico pacifista; 10) Desmobilização e colonização do imaginário dos movimentos antissistêmicos, convertendo as lutas “contra o sistema” em lutas “dentro do sistema”; 11) Legitimação do imaginário neoclássico/neoliberal e das teorias do “fim da história”, a partir da queda do campo socialista; 12) Monopolização da violência legítima por parte dos conglomerados militares transnacionais, capitaneados pelos países ricos, legitimando sua posse monopolística de armamentos de destruição massiva para atuar em “defesa” dos direitos humanos... (VITÓRIA, 2015).

Diante da situação em que nos encontramos, parece mais do que necessário deslegitimar, a partir de todos os espaços possíveis, tais discursos e práticas dominantes para – ao mesmo tempo – dar visibilidade a formas alternativas de entender as relações sociais e naturais que não sejam baseadas na dominação, na exploração e na humilhação de uns sobre outros. Passo agora a esboçar uma proposta para que possamos sair do círculo vicioso desenhado pelo pensamento dominante na modernidade/colonialidade ocidental, que gira em torno da falsa oposição entre jusnaturalismo, positivismo e nihilismo e nos impede de vislumbrar a possibilidade de construir uma concepção pluriversal, crítica e decolonial sobre direitos humanos.

3 Existem outras formas de entender a vida, as relações e direitos humanos. Mas todas valem igual?

Quanto complexo de superioridade há que se ter para sentir-se veículo do que pensam todos os habitantes do mundo? (HERRERA FLORES, 2009b).

⁶ Para uma visão crítica e histórica da crença ocidental na ideia de desenvolvimento, ver RIST, 2002.

A mesma burguesia que confrontou o absolutismo medieval (um universalismo abstrato que não lhe era favorável) com base em um “novo” direito natural, à medida das suas próprias pretensões, quando chega ao poder pela via revolucionária – e adquire assim o poder de *dizer o direito* – transforma as suas aspirações particulares, proclamadas nas suas declarações unilaterais de direitos supostamente universais, em direito positivo, cuidadosamente codificado. A partir desse direito, constrói uma ciência jurídica, também sob medida para produzir, aplicar e interpretar as suas normas, ficando blindadas de qualquer discussão as suas premissas fundamentais, sobretudo o direito de propriedade, concebido como direito natural. E exporta esse direito para todos os rincões sob a sua influência política, econômica e cultural.

Legitimadas pela igualdade formal e pelo relativismo moral positivista, a miséria e a fortuna tornam-se justas, como num passe de mágica. São o castigo e a recompensa que merecem os ineficientes e os empreendedores, respectivamente. Solidificava-se, assim, o chamado positivismo jurídico. Com a função de proteger – e não confrontar, como nos contam os manuais – o direito natural burguês. Outorgando-lhe a prerrogativa de neutralidade e esvaziando a prática jurídica de qualquer reflexão ética. Dessa maneira, o *direito natural/positivista burguês* se identificou à própria ideia de *direito*, e a partir daí, para o pensamento dominante, já não pode existir direito “legítimo” fora do espectro de dominação burguesa.

Com os chamados direitos humanos ocorreu o mesmo. Não por acaso o já mencionado Norberto Bobbio (2004, p. 16) defende que “O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los”. Segundo ele, já não devemos perder tempo discutindo a fundamentação ou o próprio conteúdo dos *direitos humanos realmente existentes*, pois mesmo eventualmente não sendo universais em princípio, os direitos humanos burgueses são universais de fato, pois representam um consenso histórico de toda a humanidade (*consensus omnium gentium*)⁷.

Da mesma forma que a burguesia no século XIX tautologicamente assimilou o conceito de direito ao seu próprio sistema de valores, no século XX passou a determinar universalmente, de maneira exclusiva, quais são os direitos de toda a humanidade, colocando limites e obstáculos claros e objetivos

⁷ Para Bobbio, o fato de que 48 países tenham firmado a redação original da Declaração de 1948 (entre os quais, é bom lembrar, figuravam diversas colônias e ex-colônias), denota um acordo de toda a humanidade. Diversos autores rechaçam a tese de Bobbio. Destaco o também já mencionado Helio Gallardo, que lembra que: “um acordo entre Governos e Estados não necessariamente implica consenso entre os seres humanos governados, nem tampouco consenso entre cada Estado (nacional, local) e seus seres humanos”. (GALLARDO, 2000, p. 100).

para que processos de luta popular possam ser considerados legítimos: há que se respeitar a legitimidade da propriedade burguesa e sua democracia representativa⁸, controlada pelo mercado.

Com a mercantilização de tantos aspectos da vida humana e natural quantos sejam possíveis, globalizam-se, ao mesmo tempo, o neoliberalismo e os direitos humanos: a doença e sua suposta cura são oferecidas no mesmo pacote, pelas mesmas empresas transnacionais, que “constituem o prolongamento natural – mental e material – da empresa colonial iniciada na América há 500 anos” (ALBA RICO, 2010, p. 172). As colônias seguem sendo as mesmas, mesmo que formalmente independentes.

Diante das armadilhas teóricas construídas pela própria modernidade/colonialidade cristã/burguesa para naturalizar a sua dominação, devemos plantear e replantar alguns questionamentos: é possível construir um critério de valor que possa ser compartilhado por diferentes perspectivas individuais e coletivas sem aderir a algum tipo de universalismo colonialista ou algum fundamentalismo cultural particular? É possível rechaçar uma ética universal absoluta sem rechaçar a nossa própria condição de seres éticos?

Sem dúvida, há múltiplas concepções de mundo simultâneas e são infinitas as possibilidades que podem vir a ser desenvolvidas por cada indivíduo ou cultura. Podemos dizer que existem muitos “mundos” possíveis. Porém, é inquestionável que todos os “mundos” existentes e possíveis *existem* em um mesmo “mundo” real, concreto, objetivo e limitado (não confundir limitação com escassez). Convivem (seja através do respeito e da colaboração, seja através da dominação, da apropriação, da exclusão e da violência) irrenunciavelmente em um mesmo planeta e necessitam que este mesmo planeta siga proporcionando determinadas condições para seguir existindo.

Mesmo que aceitemos a impossibilidade de que uma concepção particular de mundo seja imposta a todas as demais, não podemos cair na armadilha que nos conduz a considerar todas como iguais. Definitivamente, existem concepções de mundo que supõe a dominação de todas as outras. Existem concepções de mundo que supõe a destruição das bases que todas as demais necessitam para

⁸ Apesar de não ser o foco do presente trabalho, não há como deixar de mencionar que, ao lado do conceito de direito humanos, a concepção de democracia burguesa também se impôs como única verdadeira e legítima a nível mundial. Para essa concepção, a propriedade privada é um princípio pressuposto que se encontra acima da vontade popular, um princípio supremo que baliza e limita o exercício do poder “do povo, pelo povo e para o povo”. Não é casualidade que sempre que um governo, mesmo seguindo à risca todos os procedimentos “democráticos” formais, decide interferir no monopólio desta forma de propriedade e nos interesses dos proprietários, passa a ser acusado de tirano, ditatorial, populista e etc. Os frequentes golpes de Estado contra governos democráticos de esquerda, invariavelmente respaldados (quando não diretamente perpetrados) pelos países centrais, comprovam: contra a propriedade burguesa, não pode haver democracia, nem liberdades, nem direitos humanos reconhecidos. Como nos lembra Carlos Fernández Liria: “Não podemos cansar de repetir que, em toda a história do século XX, não houve uma única vez que uma opção eleitoral de esquerda tenha conseguido intervir nos assuntos do capital sem que o experimento tenha sido corrigido por um pinochetaço.” (FERNÁNDEZ LIRIA, 2004, tradução minha). Os exemplos são abundantes e qualquer leitora ou leitor deste texto certamente poderá elaborar uma longa lista, motivo pelo qual me abstenho de fazê-lo nesta nota.

produzir e reproduzir a vida. Categoricamente: existem “mundos” incompatíveis com a existência de outros “mundos” possíveis. Nas sucintas e poéticas palavras do Exército Zapatista de Libertação Nacional Mexicano (1996), “O mundo que queremos é um onde caibam muitos mundos.” Um mundo onde caibam *muitos* mundos, plurais e diversos, não pode ser um mundo onde caibam *todos* os mundos, simplesmente porque *existem mundos que destroem mundos*. Joaquín Herrera Flores explica esse critério, o qual denomina “relativismo relacional”:

Esse critério reside em distinguir entre aquelas aproximações ao mundo que permitam a todas e a todos fazer valer suas propostas políticas, suas convicções morais e suas manifestações estéticas e aqueles que fecham a porta da racionalidade aos que não entram em seus recipientes ideológicos, impedindo-os com isso de toda a possibilidade de mostrar sua racionalidade e seus modos de luta pela dignidade. Um critério que tem a ver mais com a construção de um recipiente que com o que cabe ou não cabe nele. (HERRERA FLORES, 2009b, p. 42).

Tal “recipiente”, pluralmente construído, não pode ser considerado “neutro”, do ponto de vista moral, pois implica em uma decisão ética sobre o mundo que queremos construir para viver. Porém, não parte de nenhuma moral *a priori*. Se trata de uma aposta radical na experiência, no mundo real. Uma aposta que não parte de uma moral absoluta, nem espera chegar nela. Não é, portanto, uma proposta de partida ou de chegada, mas de encontros, desencontros, conflitos, confluências, contatos, diálogos...

Diante da dominação a que todas e todos nos encontramos submetidos, por parte de uma única forma de ver o mundo (que destrói todos os “mundos” diferentes que encontra pelo caminho), essa perspectiva convida a apostar na pluralidade, na diferença e na convivência mutuamente enriquecedora entre muitos “mundos” diferentes. Reconhecer outros indivíduos e culturas como iguais não implica em adotar um relativismo cultural absoluto, que – ao recusar todo tipo de critério moral – conduz invariavelmente à lei do mais forte, como já dito nesta introdução.

Se trata de uma aposta que nos remete a algo que temos todos os seres humanos em comum: vivemos no mesmo planeta, que é o único lugar, dentre os que conhecemos, que podemos habitar. Independentemente da explicação que brindemos para a origem da vida ou para a morte, a única coisa que podemos ter certeza é que compartilhamos todas e todos a experiência da vida graças este planeta.

Sem dúvida, há – além do “mundo” ocidental moderno/colonial, cristão/burguês, capitalista e patriarcal – outros “mundos” que também são incompatíveis com *um mundo onde caibam muitos mundos*, pois supõe, legalizam, legitimam ou apenas naturalizam diferentes formas de dominação entre seres humanos, entre diferentes culturas e entre os seres humanos e a natureza. Desse modo, uma perspectiva pluriversal, crítica e decolonial não é uma perspectiva *apenas* contrária a esse sistema, embora seja *necessariamente* uma perspectiva contrária ao mesmo.

Por essa razão, devemos rechaçar também todos os tipos de fundamentalismo geográfico, ou simplificações reducionistas. A civilização ocidental moderna/colonial burguesa/cristã, capitalista e

patriarcal não se resume apenas às suas relações estruturais de dominação e império. Existem inúmeras lógicas emancipatórias dissidentes dentro dessa civilização, assim como existem diversos processos de luta emancipatórios – individuais e coletivos – no interior dessa cultura, além diversos conhecimentos de fundamental importância para a humanidade que podem ser colocados a serviço das pessoas, e não do mercado.

Da mesma forma, não são todas as culturas e saberes não ocidentais que se encontram igualmente abertos à construção de *um mundo onde caibam muitos mundos*. Além disso, nenhuma cultura é uniforme, nem redutível a uma fórmula simplista, do tipo: “compatível x não compatível”, o que não nos impede, entretanto, de visibilizar e desestabilizar determinadas dinâmicas estruturalmente estabelecidas em uma determinada cultura, bem como as premissas sobre as quais se sustenta determinada epistemologia, como pretendi fazer neste texto. Afinal de contas, não podemos confundir regra com exceção.

Há, também, muitas propostas decoloniais oriundas da Europa e dos Estados Unidos, assim como existem diversos pensadores colonialistas no sul global. O que devemos combater são os mitos, lógicas, dinâmicas, normas, instituições, narrativas ou teorias que produzem e reproduzem a inferiorização do ser humano, sejam os mesmos oriundos de qualquer matriz cultural. Não pode haver “direitos humanos” verdadeiramente emancipatórios em um contexto que seja aceito como natural o capitalismo ou qualquer outra forma de exploração, dominação e império por parte de um sobre outro.

Nesse sentido, a proposta de um mundo onde caibam muitos mundos é, em essência, uma proposta de luta. Uma proposta de enfrentamento e rechaço a todo tipo de lógicas ou dinâmicas que inferiorizem uns seres humanos em favor de outros. Não se reduz ao combate ao sistema dominante ocidental, moderno/colonial cristão, burguês, capitalista e patriarcal, mas sem dúvida passa por este confronto, pois é essa visão de mundo (e não qualquer outra) a que se impôs globalmente de maneira hegemônica.

4 A modo de conclusão: subverter o os direitos humanos ou renunciar aos mesmos?

Até que os leões tenham seus próprios historiadores,
as histórias de caçadas continuarão glorificando o caçador.
(Provérbio africano)

Considerando o inegável potencial de mobilização social em torno da ideia de *direitos humanos* e, ao mesmo tempo, considerando também os *direitos humanos realmente existentes* (assim como as teorias e narrativas que os respaldam) como construções teóricas e jurídicas historicamente desenhadas para emancipar a burguesia ocidental moderna/colonial das formas sociais dominantes na Idade Média europeia, assim como também para legitimar diversas formas de dominação, exploração e império, tanto

com relação aos povos colonizados quanto com relação aos demais grupos sociais no interior da própria civilização ocidental, convém refletir sobre o efetivo potencial transformador que carrega tal discurso. Podem os direitos humanos, enquanto discurso e prática, abrir espaços de luta por um mundo onde caibam muitos mundos horizontais, plurais e diversos?

Desde logo, ressalto que se trata de uma questão complexa, e que, portanto, não pretendo oferecer uma resposta fechada, senão apenas refletir sobre algumas das vantagens e desvantagens de utilizarmos os *direitos humanos realmente existentes* como ferramenta de busca por um mundo livre de dominações. Entendo que a luta pela emancipação social passa pela luta pelos significados das palavras. Significar é mandar. De maneira que o potencial transformador dos direitos humanos passa pela capacidade criativa dos indivíduos e coletivos que sofrem diariamente as mais diversas formas de opressão de dar-lhes novos e emancipadores significados.

O discurso dos *direitos humanos realmente existentes* pode efetivamente contribuir para o avanço de determinadas lutas concretas, em determinadas ocasiões, mas também pode servir para a fragmentação e a individualização das mobilizações sociais, de maneira a enfraquecer e pulverizar o seu potencial antissistêmico. Podemos refletir sobre um exemplo concreto, para, a partir do mesmo, aclarar o sentido dessa afirmação. Pensemos por um momento na questão das lutas feministas. Está claro que são muitos os avanços que se podem conquistar desde o discurso feminista ocidental, orientado para a inserção das mulheres no “contrato social” das nossas sociedades patriarcais e para conquistar a igualdade de gênero no reparto dos recursos, espaços e do trabalho, além de combater a violência de gênero. Porém, devemos ter em conta que se tais lutas não estiverem interligadas com outras, como por exemplo, a luta dos movimentos negros, indígenas, de outros feminismos (como o feminismo islâmico, por exemplo), LGBTTs, ambientalistas e anticapitalistas, ao mesmo tempo em que eventualmente se conquistem espaços e direitos para as mulheres ocidentais, é possível que se reforce outros esquemas de dominação, inclusive patriarcais, mesmo que seja através da legitimação do próprio espaço de luta proporcionado pelo sistema dominante.

Porém, também devemos considerar que é praticamente impossível (além de ser desmobilizador) que um movimento assuma simultaneamente todas as pautas de todos os movimentos de luta por reconhecimento. Até porque, como já vimos, nem todas as demandas particulares são compatíveis com a construção de um mundo onde caibam muitos mundos. É preciso, então, que o discurso seja, ao mesmo tempo que particular e concreto, também compatível com outras demandas também particulares, mas não com todas. É preciso buscar um critério que possa ampliar o potencial emancipador de cada uma das lutas particulares e colocá-las a serviço do propósito comum que é a busca de um mundo onde caibam muitos mundos. Um critério que transcenda a concepção individualista dominante em torno dos direitos humanos e possa canalizar todos os esforços particulares em prol de um objetivo maior,

entendido não como um ponto de partida ou de chegada, mas como uma forma de caminhar em conjunto. *Direitos humanos* como uma forma de conviver, compartilhar, entre todos os mundos possíveis, o único mundo existente.

O universalismo abstrato ocidental não pode servir para unificar essas lutas, na medida em que se constrói sobre a negação radical do *outro* colonial e sobre diversas e múltiplas opressões. Os *direitos humanos realmente existentes* são compatíveis com a exploração de uns seres humanos por outros, assim como com a destruição de todas as bases necessárias para a vida humana, através das ideias/fetiche de progresso infinito, crescimento econômico e desenvolvimento (não é à toa que a defesa “oficial” dos direitos humanos frequentemente esteja relacionada com tais conceitos).

Com isso, quero dizer que, por mais que um movimento feminista (assim como um movimento negro, LGBTT e etc.) de caráter “liberal” ou “neoliberal” possa conquistar espaços utilizando-se dos *direitos humanos realmente existentes* (posto que os mesmos são compatíveis com a defesa do liberalismo e do neoliberalismo), ao fazê-lo, podem fortalecer outros tipos de dominação, humilhação e império, inclusive patriarcais, que são inerentes ao capitalismo. Desse modo, os direitos humanos somente poderão ser emancipatórios se forem concebidos como radicalmente contrários ao capitalismo, ao colonialismo e às suas dinâmicas.

Mas também devemos considerar, como já foi dito, que o capitalismo imposto pela civilização ocidental moderna/colonial a todo o planeta, apesar de indiscutivelmente hegemônico a escala mundial, não é o único sistema social e econômico que se baseia na exploração, na dominação e na humilhação de uns seres humanos sobre outros, nem é o único modelo que compromete irresponsavelmente as condições que possibilitam a produção e a reprodução da vida. Portanto, os direitos humanos – para servirem às lutas sociais – devem ser concebidos não apenas como contrários ao capitalismo, mas também como contrários a todas as formas de exploração de qualquer ser humano por outro, seja ela econômica, de gênero, sexual, racial, étnica, laboral, ou de qualquer outra natureza.

Ou seja, é preciso identificar as lutas particulares com um objetivo comum, entrecruzado, que é a própria construção de um espaço de lutas pluriversais. A proposta deste trabalho é adotar, como elemento de unificação das lutas sociais, uma epistemologia pluriversal, crítica e decolonial em torno da ideia de direitos humanos, de maneira a conceber os direitos humanos como um conjunto de processos de luta simultaneamente contra qualquer forma de opressão (e não apenas uma, seletiva) de qualquer ser humano por parte de qualquer outro ser humano.

Referências

ALBA RICO, Santiago. **Capitalismo e nihilismo: dialéctica del hambre y la mirada**. La Habana: Ruth Casa Editorial, 2011.

- BALDI, César. Descolonizando o ensino dos direitos humanos. In: **Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, 4(1): 8-18, 2014.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- CÉSAIRE, Aimé. **Discurso sobre o colonialismo**. Lisboa: Sá da Costa Editora, 1978.
- Comando Geral do Exército Zapatista de Libertação Nacional - Comitê Clandestino Revolucionário Indígena. **Quarta declaração da Selva Lacandon**. Publicado na página DHnet, 1996. Disponível em: http://www.dhnet.org.br/direitos/blocos/questa_ozapatista/quartad_eclaracaoselva.html. Acesso em: 19/07/2016.
- DUSSEL, Enrique. **1492, O encobrimento do outro: a origem do mito da modernidade**. Petrópolis: Vozes, 1993.
- FERNÁNDEZ LIRIA, Carlos. A quien corresponda, sobre Cuba, la Ilustración y el Socialismo. Publicado na página **Rebelión.org**, 2004. Disponível em: <http://www.rebelion.org/docs/7097.pdf>. Acesso em: 18/07/2016.
- GALLARDO, Helio. **Política y transformación social: discusión sobre derechos humanos**. Quito: Editorial Tierra Nueva, 2000.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **A (re)invenção dos direitos humanos**. Florianópolis: Boiteux, 2009a.
- HERRERA FLORES, Joaquín. **Teoria crítica dos direitos humanos: os direitos humanos como produtos culturais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009b.
- HINKELAMMERT, Franz. La inversión de los derechos humanos: El caso de John Locke. In: **Revista Pasos**, 85: 28-47, 1999.
- HINKELAMMERT, Franz. **Solidaridad o suicidio colectivo**. San José: Ambientico Ediciones, 2003.
- LOCKE, John. **Segundo tratado sobre o governo civil e outros escritos** (trad. M. Lopes e M. L. da Costa). Rio de Janeiro: Vozes, 2001.
- MIGNOLO, Walter. **Historias locales/diseños globales: colonialidad, conocimientos subalternos y pensamiento fronterizo**. Madrid: Akal, 2013.
- PÉREZ ALMEIDA, Gregorio. Los derechos humanos desde la colonialidad. In: GUILLÉN, Maryluz (ed.), **Los derechos humanos desde el enfoque crítico**. Caracas: Fundación Juan Vives Suriá, 2011, p. 117-146.
- QUIJANO, Anibal. Colonialidade do poder e classificação social. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (eds.), **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 73-117.
- QUIJANO, Anibal; WALLERSTEIN, Immanuel. La Americanidad como concepto, o América em el moderno sistema mundial. In: **RICS**, 44(4): 583-591, 1992.
- RIST, Gilbert. **El desarrollo: historia de una creencia occidental**. Madrid: Catarata, 2002.
- SANTOS, Boaventura de Sousa Para além do pensamento abissal: das linhas globais a uma ecologia de saberes. In: SANTOS, Boaventura de Sousa; MENEZES, Maria Paula (eds.), **Epistemologias do Sul**. Coimbra: Almedina, 2009, p. 23-71.
- TRINDADE, José Damião de Lima. **História social dos direitos humanos**. São Paulo: Peirópolis, 2011.
- VITÓRIA, Paulo Renato. Por um mundo onde caibam muitos mundos: propostas para um debate em torno da descolonização dos direitos humanos. In: **Hendu - Revista Latinoamericana de Derechos Humanos**, p. 103-123, 2015.



COMUNIDADES QUILOMBOLAS SOB A PERSPECTIVA DA CIDADANIA MULTICULTURAL DE WILL KYMLICKA: possibilidade de inclusão?

Waldicleide de França Santos Gonçalves¹

RESUMO: O presente artigo trata-se de parte das pesquisas realizadas no Programa de Mestrado Interdisciplinar em Ciências Humanas pela Linha de pesquisa: “Cultura, Política e Sociedade”, da UFVJM. Pretende-se apresentar possibilidades teóricas capazes de vislumbrar caminhos a percorrer na construção da cidadania multicultural de comunidades quilombolas, sob a perspectiva de Will Kymlicka. Neste sentido, situa-se a multiplicidade cultural e pluralidade de identidades, em face das relações de poder assimétricas, exurgindo a necessidade de se questionar e desafiar práticas silenciadoras das identidades étnicas de minorias vulneráveis, tal qual os remanescentes de quilombos, que representam grupos minoritários historicamente excluídos e marginalizados pela sociedade brasileira.

Palavras-chave: Comunidades quilombolas. Cidadania multicultural. Inclusão.

ABSTRACT: This article is part of the research conducted at the Interdisciplinary Master's Program in Human Sciences by the research line: "Culture, Politics and Society", on UFVJM. It intended to present theoretical possibilities able to glimpse ways to roam in building a multicultural citizenship of quilombola communities, from the perspective of Will Kymlicka. In this regard, is situated the cultural diversity and plurality of identities, in light of asymmetric power relations, which is the need to question and challenge silencing practices of ethnic identities and vulnerable minorities, such as the remnants of quilombos, representing minority groups historically excluded and marginalized by Brazilian society.

Keywords: Quilombo Communities. Multicultural Citizenship. Inclusion.

1 Introdução

Discorrer sobre a pluralidade e diversidade étnica é algo inerente à própria formação do Estado Brasileiro. Deste modo, nos propomos a demonstrar a relevância em se pensar na construção de um Estado Pluriétnico, sob a perspectiva da cidadania multicultural de Will Kymlicka.

Dentro das finalidades a que nos propusemos, importa-nos ressaltar que parafraseamos a expressão “*Cidadanía multicultural*” da obra de Will Kymlicka (1996), onde este defende a ideia de que o Estado, para manter a diversidade cultural e, com isso, os contextos e as possibilidades de escolha e de

¹ Mestranda do Programa de Pós-Graduação stricto sensu em Ciências Humanas pela Universidade Federal dos Vales do Jequitinhonha e Mucuri- UFVJM. Graduada em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais- PUC/Minas. Advogada.

exercício da autonomia pessoal, deve, além das liberdades subjetivas inerentes aos direitos individuais, assegurar alguma forma de “direitos coletivos” (*group-differentiated rights*) demandados por grupos socioculturais minoritários.

Sabendo-se da urgência em se pensar numa nova sensibilidade estruturalmente plural, mergulhada num politeísmo de valores e sincretismos, que as Instituições da Modernidade não tiveram qualquer possibilidade de apreender, o reconhecimento da diversidade deve implicar na garantia plena de direitos a grupos sociais diversificados, heterogêneos e complexos. Neste sentido, Bertazo (2007):

O pluralismo está diretamente ligado à ideia de sociedades multiculturais, composta por uma pluralidade de identidades instigando a reflexão sobre as dificuldades de sustentação da ideia de cidadania e de identidades comuns. Os liberais, já no século dezanove, justificavam a universalização de alguns valores com o propósito de dar funcionamento e integração à emergente sociedade nacional que se fez em torno de uma “maioria”, construída a partir de tais valores culturais comuns. Porém, em nosso momento histórico, tal idealização abre a questão de medida e de qualidade da representação das diversas identidades (grupais e individuais), respeitante ao Estado, porquanto justificada na neutralidade das instituições frente aos direitos que guardam as liberdades fundamentais dos cidadãos. O debate atual questiona as possibilidades de sustentação de tal neutralidade, considerando as demandas dos diferentes grupos e comunidades socioculturais. (BERTAZO, 2007, p.58)

Tendo em vista que historicamente grupos étnico-culturais sofreram violações e supressões de seus direitos, e que a realização da cidadania ainda é uma utopia para diversos segmentos sociais, apresentamos a seguir possibilidades teóricas capazes de trilhar caminhos, ainda que precários para redefinição e reinterpretação da cidadania multicultural de um agrupamento social minoritário, quais sejam: as comunidades quilombolas.

2 Direito fundamental cultural das comunidades tradicionais quilombolas

As noções de povos e comunidades tradicionais são utilizadas em consonância com os critérios adotados pela Convenção n.169 da OIT, promulgada pelo Decreto n. 5.051, de 19 de abril de 2004, e pelo Decreto n. 6.040, de 07 de fevereiro de 2007, que “Institui a Política Nacional de Desenvolvimento Sustentável dos Povos e Comunidades Tradicionais”. É importante ressaltar que os diversos dispositivos internacionais e para designar as situações que dizem respeito aos grupos sociais de identidade étnica no Brasil (SHIRAISHI NETO, 2007).

Neste sentido, enfatizamos o Decreto 6040/2007 que traz uma definição de comunidades e de territórios tradicionais, destacando a relação de sustentabilidade com os recursos naturais e a transmissão ancestral de conhecimentos. Seu entendimento contribui para compreender o conceito de quilombola inserido na ideia de comunidade tradicional. Deste modo, são povos e comunidades tradicionais (art.3º, I):

Grupos culturalmente diferenciados e que se reconhecem como tais, que possuem formas próprias de organização social, que ocupam e usam territórios e recursos naturais como condição para sua reprodução cultural, social, religiosa, ancestral e econômica, utilizando conhecimentos, inovações e práticas gerados e transmitidos pela tradição.

Do mesmo modo, é a definição a seguir:

Grupos humanos diferenciados sob o ponto de vista cultural, que reproduzem historicamente seu modo de vida, de forma mais ou menos isolada, com base na cooperação social e relações próprias com a natureza. Tal noção refere-se tanto a povos indígenas quanto a segmentos da população nacional, que desenvolveram modos particulares de existência, adaptados a nichos ecológicos específicos. (DIEGUES; ARRUDA, 2001)

Pelas definições supra, são considerados “povos e comunidades tradicionais” no Brasil, os povos indígenas, as comunidades remanescentes de quilombos, os pescadores artesanais, os ribeirinhos, os povos ciganos, os povos de terreiro, os pantaneiros (do pantanal mato-grossense e sul-mato-grossense), os faxinalenses do Paraná e região (que consorciaram o plantio da erva-mate com a suinocultura e com o extrativismo do pião a partir do uso comum do território), as comunidades de fundos de pasto da Bahia (que praticam a caprinocultura em territórios de uso comum), os caiçaras (pescadores artesanais marítimos dos estados de São Paulo, Rio de Janeiro e Espírito Santo, que consorciaram a pesca artesanal e extrativismo em áreas comuns com o cultivo), os geraizeiros (que exercem ocupação tradicional dos gerais ou cerrado), os apanhadores de flores sempre-vivas (que tradicionalmente exerciam o extrativismo em áreas de uso comum nas campinas, hoje cercadas em grande medida pela monocultura do eucalipto e pela criação de unidades de conservação de proteção integral), entre outros que, somados, representam parcela significativa da população brasileira e ocupam parte considerável do território nacional. (Cartilha Povos e Comunidades Tradicionais, UFMG, 2012)

As comunidades tradicionais caracterizam-se pela dependência em relação aos recursos naturais com os quais constroem seu modo de vida; pelo conhecimento aprofundado que possuem da natureza, que é transmitido de geração a geração oralmente; pela noção de território e espaço onde o grupo se reproduz social e economicamente; pela ocupação do mesmo território por várias gerações, pela importância das atividades de subsistência, mesmo que em algumas comunidades a produção de mercadorias esteja mais ou menos desenvolvida; pela importância dos símbolos, mitos e rituais associados as suas atividades; pela utilização de tecnologias simples, com impacto limitado sobre o meio; pela auto identificação ou pela identificação por outros de pertencer a uma cultura diferenciada, entre outras. (DIEGUES; ARRUDA, 2001)

O território é então, um importante elemento para caracterização das populações tradicionais. Ele fornece os meios de subsistência, os meios de trabalho e produção, bem como os meios de produzir os aspectos materiais das relações sociais.

O território é uma condição essencial porque define o grupo humano que o ocupa e justifica sua localização em determinado espaço. Portanto, a terra, os terreiros não significam apenas uma dimensão física, “mas antes de tudo é um espaço comum, ancestral, de todos que tem o registro da história, da experiência pessoal e coletiva do seu povo, enfim, uma instância do trabalho concreto e das vivências do passado e do presente. (ANJOS, 2006, p. 49)

Percebe-se que além do espaço de reprodução econômica e das relações sociais, o território é também o “*locus*” das representações e do imaginário mitológico de todas as sociedades tradicionais. (DIEGUES, 2001), devendo por isso, ser assegurado.

Reitera-se que esse “*locus*” pode ser entendido como o lugar de existência de determinado grupo ou comunidade tradicional que se mobiliza por uma existência coletiva diante de noções de etnicidade, através de critérios político-organizativos para a reprodução econômica e cultural do agrupamento.

Neste sentido, a importância da terra para estas comunidades tradicionais ultrapassa a lógica capitalista e individualista. Não se trata de um conceito civilista de propriedade que apenas tem um valor de mercado, mas trata-se de um território que representa um local de pertencimento, um espaço comum de experiência pessoal e coletiva.

O direito fundamental cultural que deve ser assegurado as comunidades quilombolas refere-se às possibilidades de garantir a afirmação de suas identidades, nos seus “*locus*” de representações e do imaginário mitológico das sociedades tradicionais, a fim de que estes continuem reproduzindo sua existência coletiva, através de critérios político-organizativos do próprio grupo. Nesse sentido, pondera Sarmiento (2006):

[...] o direito à terra dos remanescentes de quilombo pode ser identificado como um direito fundamental cultural (art. 215, CF), que se liga à própria identidade de cada membro da comunidade. Neste ponto, não é preciso enfatizar que o ser humano não é um ente abstrato e desenraizado, mas uma pessoa concreta, cuja identidade é também constituída por laços culturais, tradições e valores socialmente compartilhados. E nos grupos tradicionais, caracterizados por uma maior homogeneidade cultural e por uma ligação mais orgânica entre os seus membros, estes aspectos comunitários da identidade pessoal tendem a assumir uma importância ainda maior. (SARMENTO, 2006)

Considerando ainda, que o direito à identidade cultural de um grupo não é estática e tem constituição heterogênea, ao contrário, ela é fluida e se dá num processo de revalorização dinâmico, resultado de contínuas discussões internas ou de influências de outras culturas. Esse direito à uma identidade cultural basicamente consiste no direito que todo grupo étnico-cultural e seus membros tem de pertencer a uma determinada cultura e ser conhecido como diferente. O direito de conservar sua própria cultura e patrimônio cultural tangível ou intangível, não sendo forçado a pertencer a uma cultura diferente ou a ser assimilado, involuntariamente por ela.

Entendemos que nesta ótica pluralista de respeito às diferenças, a etnicidade pode representar a formação da autoconsciência do indivíduo e do grupo sobre suas especificidades culturais, formando identidades sem colocar em xeque os direitos fundamentais já consagrados pela humanidade.

Neste sentido, a cultura não pode ser medida numa única escala, ao contrário, se considerarmos verdadeiramente a diversidade, verificaremos que toda cultura é multicultural e necessita de proteção jurídica. Coaduna com estes argumentos, a antropóloga Ilka Boaventura Leite (2010):

Neste sentido é que a esfera da cultura e do direito não pode ser tratadas como se fossem isoladas, ainda que apenas para propósito de análise. As teorias culturais anteriores, ao tentar explicar a cultura em seus próprios termos falharam pelo fato de terem partido do princípio de que a cultura governa, de que todos os demais fatores podem ser excluídos da análise e do entendimento de processos culturais e comportamentos sociais nesses termos. Portanto, separar uma esfera cultural e tratá-la em seus próprios termos não constitui uma boa estratégia (Kuper, 2002). A cultura não pode ser medida numa única escala, ou priorizando apenas os parâmetros definidos pela cultura letrada. Toda cultura é neste sentido, multicultural (Canclini, 2006). A diversidade cultural, segundo esses autores, é produto da relação, mais do que do isolamento. Importante por isto, considerar as relações de dominação e subordinação que aprofundam as desigualdades sociais e diferenças culturais, um e outro como instâncias que são indissociáveis. As experiências que levam em conta esta dinamicidade da cultura estão demonstrando que os grupos humanos têm melhor desempenho e produtividade quando não precisam abrir mão do seu passado, quando agregam ao presente todo o cabedal de saberes que foram construídos pelas gerações que os precedeu. (LEITE, 2010)

Duprat (2007) ressalta que após a Constituição de 1988 não se coloca mais em dúvida que o Estado nacional é pluriétnico e multicultural, e que o direito, em sua elaboração e aplicação, deve ter esse marco como referência inafastável. A fim de reforçar seus argumentos, a autora comenta do art. 4 da Declaração Universal sobre a Diversidade Cultural:

No seio da comunidade nacional, há grupos portadores de identidades específicas e que cabe ao direito assegurar-lhes o controle de suas próprias instituições e formas de vida e seu desenvolvimento econômico, e manter e fortalecer suas entidades, línguas e religiões, dentro do âmbito dos Estados onde moram. Assim, a defesa da diversidade cultural passa a ser, para os Estados nacionais, um imperativo ético, inseparável do respeito à dignidade da pessoa humana. (DUPRAT, 2007, p. 9)

Concordamos com os argumentos da autora referida, porém ressaltamos que considerar a problemática da inclusão, da diversidade, da diferença, do outro e da proteção a todos, pessoas e grupos, é gerar novos desafios às sociedades democráticas, visto que o arcabouço jurídico, por si só, historicamente não se prestou a proteger as identidades formadoras do Estado- Nacional.

Necessário acentuar ainda que a complexidade que faz parte dos tempos atuais expõe um cenário amplo e diversificado cultural e socialmente, onde os direitos culturais deveriam ser realizados como pragmáticos da cidadania, do conhecimento e reconhecimento da diversidade do outro, tendendo a reverter práticas sociais forjadoras da submissão, da opressão e da passividade política, mas não é.

Neste cenário de injustiças e complexidades, a consolidação de um Estado Democrático e Pluriétnico passa pelo reconhecimento da existência de grupos minoritários e tradicionais, cuja cultura e modo de viver contribuiu e ainda contribui para o enriquecimento da sociedade brasileira.

Na prática, contudo, a efetivação dos seus direitos étnicos e territoriais que estão intrinsecamente ligados aos direitos culturais, caminha a passos lentos. O que contraria a ideia de um novo paradigma, de um Estado Democrático capaz de assegurar as identidades étnicas das comunidades tradicionais.

Numa sociedade excludente e incapaz de implementar os direitos fundamentais culturais das comunidades remanescentes de quilombos, estas se vem impedidas de exercer a cidadania plena². Cidadania esta que durante diversos períodos históricos lhes foi negada. Alcançou, entretanto, um *status* abstrato. E para determinados grupos sociais continua na abstração. Abstração, pois entendemos que a cidadania “concreta” só pode ser concebida como um movimento político e social continuado, um processo em permanente potência de libertação das opressões sociais, ou então perderá seu sentido.

3 Cidadania multicultural³ de minorias vulneráveis: uma utopia?

Epistemologicamente, o conceito tradicional de cidadania foi construído na tentativa de justificar o funcionamento de determinado modelo estatal que expressasse uma sociedade com características simples, com vinculação à ideia de uma identidade nacional. Tal identidade dizia respeito aos valores que norteavam a vida dos cidadãos bem localizados territorialmente, para efeito de sua integração.

Este conceito de cidadania não foi capaz de levar à realização do sujeito humano, em razão das limitações e insuficiências de um conceito juricista tradicional. Do mesmo modo, no Brasil a “identidade nacional” se deu sob a perspectiva elitista que através de vários discursos tentaram legitimá-la, entretanto, a própria formação social do país demonstra movimentos contrários a homogeneização cultural:

Ocorre que o modelo de Estado- Nação foi uma invenção europeia, transformando-se em parâmetro ideal para todos os povos, em geral na esteira do Colonialismo e do Imperialismo. Não obstante as mais diversas condições, tradições e tendências dos diferentes povos, culturas e civilizações, as administrações coloniais e as empresas imperialistas deixaram em todo o mundo a fórmula Estado-Nação. Contudo, a história da sociedade brasileira, com suas diversas rupturas e os seus distintos emblemas, resulta difícil, senão impossível, pensar em *identidade nacional*. São vários os emblemas que as elites dominantes criam e recriam para sugerir ou impor algo com o significado de identidade nacional: Independência ou Morte, Ordem e Progresso, Nacionalismo e Industrialização, Nova República; ou Conciliação e Reforma, Lusotropicologia, Homem Cordial, Democracia Racial; além de outros signos, símbolos, emblemas ou alegorias com as quais em geral, as “elites” compõem a sua visão da sociedade nacional, em cada ocasião. (IANNI, 2004, p. 161)

Considerando a vulnerabilidade das comunidades tradicionais quilombolas, não se pode conceber um Estado que autorize apenas o *status* de cidadania dos indivíduos apenas para legitimar o

² Cidadania plena refere-se ao processo de evolução da cidadania realiza-se através da conquista de direitos ao longo da história. A cidadania é pensada por Marshall nos aspectos civil, político e social. (MARSHALL, T.H. (1967) Cidadania, Classe Social e Status. Rio de Janeiro. Zahar Editores.

³ Parafraseou-se Will Kymlicka em sua obra “*Cidadania multicultural*, Ed.Paidós, 2010.

sistema político interno. Não é mais exequível a ideia de cidadania, a partir de um discurso que inferioriza indivíduos e grupos.

Atualmente, o grande desafio em sociedades multiculturais é a compreensão de que a cidadania possui um viés político e jurídico como constituinte de suas possibilidades de realização, independentemente das identidades que possam ter as pessoas e as comunidades em particular.

A compreensão de que vivemos em sociedades plurais e multiculturais, composta por uma diversidade de identidades, instiga a reflexão sobre as dificuldades de sustentação da ideia de cidadania. O debate atual questiona as possibilidades de sustentação de uma unidade e neutralidade das instituições estatais frente aos direitos e liberdades fundamentais dos cidadãos.

Em relevante explanação, Débora Duprat Pereira (2002) considera que a Constituição de 1988 é um marco inquestionável na construção de um Estado Pluriétnico, pois apoia e incentiva a valorização e a difusão das manifestações culturais (...) populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional:

A Constituição de 1988 representa uma clivagem em relação a todo o sistema constitucional pretérito, ao reconhecer o Estado brasileiro como pluriétnico, e não mais pautado em pretendidas homogeneidades, garantidas ora por uma perspectiva de assimilação, mediante a qual se instala, sub-repticiamente, na alma dos diferentes grupos étnicos, novos gostos e hábitos, corrompendo-os e levando-os a renegarem a si próprios, eliminando o específico de sua identidade, ora submetendo-os forçadamente a uma invisibilidade. (...) a visão do Estado-nação orientado por uma lógica unitária e legiscentrista encontra-se atingida pela obsolescência. Confronta-se, na atualidade, com problemas gerados por uma nova noção de nação, cuja unidade antes pressuposta na verdade ocultava o fenômeno da pluralidade do corpo social, e mesmo com a noção de soberania - traduzida na capacidade de ordenação autárquica dos fatos sociais sob o seu domínio territorial - à vista, principalmente, do capital transnacional, que engendrou uma legalidade supra-estatal e retirou ao Estado a possibilidade de previsão e controle de aspectos relevantes da vida social. Assim, o que o direito recobra, e a Constituição brasileira revela, a exemplo dos demais campos do saber, é o espaço ontológico do outro, do diferente, antes destituído de qualquer conteúdo em si, porque subsumido ao universal. E a Constituição brasileira o fez de forma absolutamente explícita. Primeiro, impondo ao Estado garantir a todos o pleno exercício dos direitos culturais (...), apoiando e incentivando a valorização e a difusão das manifestações culturais (...) populares, indígenas e afro-brasileiras, e das de outros grupos participantes do processo civilizatório nacional (...). O Estado pluriétnico, in SOUZA LIMA, Antonio Carlos de et BARROSO-HOFFMANN, Maria. "Além da tutela: bases para uma nova política indigenista III. Rio de Janeiro: Contra Capa Livraria/LACED, 2002, p. 41-44.

Desta forma, vislumbramos que o conceito abstrato de cidadania não foi capaz de levar à realização do sujeito humano, em razão das limitações e insuficiências de um conceito jurista tradicional. Do mesmo modo, no Brasil a "identidade nacional" se deu sob a perspectiva elitista que através de vários discursos tentaram legitimá-la, entretanto, a própria formação social do país demonstra movimentos contrários a esta homogeneização cultural:

Ocorre que o modelo de Estado- Nação foi uma invenção europeia, transformando-se em parâmetro ideal para todos os povos, em geral na esteira do Colonialismo e do Imperialismo. Não obstante as mais diversas condições, tradições e tendências dos diferentes povos, culturas e civilizações, as administrações coloniais e as empresas imperialistas deixaram em todo o mundo a fórmula Estado-Nação. Contudo, a história da sociedade brasileira, com suas diversas

rupturas e os seus distintos em emblemas, resulta difícil, senão impossível, pensar em *identidade nacional*. São vários os emblemas que as elites dominantes criam e recriam para sugerir ou impor algo com o significado de identidade nacional: Independência ou Morte, Ordem e Progresso, Nacionalismo e Industrialização, Nova República; ou Conciliação e Reforma, Lusotropicologia, Homem Cordial, Democracia Racial; além de outros signos, símbolos, emblemas ou alegorias com as quais em geral, as “elites” compõem a sua visão da sociedade nacional, em cada ocasião. (IANNI, 2004, p. 161)

Ianni (2004) ainda assevera que o Brasil é um país no qual a mestiçagem envolve todas as etnias que compõem a população, desde as várias etnias nativas e africanas às europeias e asiáticas. Sim, um laboratório étnico excepcional. Aí se combinam tolerância e intolerâncias, formas veladas e formas abertas de preconceito racial, outra vez envolvendo as múltiplas etnias que fôrma a sociedade. Sem esquecer que a densidade social, compreendendo etnias, situações econômicas, condições políticas, elementos culturais, é desigual nas distintas regiões do país. Bem como em diferentes setores ou estratos sociais; criando-se assim toda uma gama de acomodações e tensões, tolerâncias e intolerâncias, um caleidoscópio multicolorido, ao mesmo tempo estridente e fascinante.

Sob esta perspectiva, Ianni (2004) reafirma as dificuldades encontradas pelos grupos étnicos brasileiros (nativos, negros ou imigrantes) discriminados e segregados, pelas elites. Ademais, a discrepância entre as classes sociais, se deve aos padrões e valores do patrimonialismo, coronelismo, o favor dos que detêm poder, dos interesses privados apresentados como públicos e outras formas de sociabilidade remanescentes de épocas passadas. Neste sentido:

A sociedade brasileira estrutura-se em termos de castas e classes sociais. Ainda que as castas formadas com o escravismo estejam em declínio e as classes sociais em desenvolvimento cada vez mais acentuado, subsistem formas de sociabilidade nas quais se revelam as linhas de castas. São linhas de castas encobertas pelos padrões e valores do patrimonialismo, coronelismo, o favor dos que detêm poder, dos interesses privados apresentados como públicos e outras formas de sociabilidade remanescentes de épocas passadas; mas frequentemente reavivadas no jogo das alianças entre “elites” heterogêneas e também conjugadas. Ainda são frequentes as situações em que o nativo, o negro e o imigrante são tratados não só como diferentes, mas também como estranhos estrangeiros, exóticos; e discriminados ou segregados. Essa trama de elementos sociais, econômicos, políticos, culturais, étnicos, linguísticos e religiosos às vezes está bem nítida na forma pela qual se distribuem indivíduos e coletividades na hierarquia e dinâmica da sociedade. (IANNI, 2004, p. 159)

Diante deste labirinto de elementos culturais e étnicos não se pode conceber uma identidade nacional, mas diversas identidades nacionais. Não se pode pensar em cultura, mas em diversas culturas coexistindo mutuamente no mesmo território. “São muitos os elementos sociais, culturais, religiosos, linguísticos e psicológicos, além dos políticos, econômicos e demográficos que se aglutinam e desenvolvem, produzindo diferentes configurações não só étnicas como culturais”. (IANNI, 2004, p. 162)

Portanto, o termo cidadania multicultural refere-se à possibilidade de promoção de identidades etnicamente diferenciadas dentro de um Estado multicultural e multiétnico desde o seu nascedouro, conforme ensinamentos de Octavio Ianni (2004):

A história do Brasil pode ser lida como a história de um experimento multicultural e multiétnico, no âmbito de um experimento maior, propriamente histórico-social. Esta é a história de uma formação social em que diferentes civilizações encontram-se, acomodam-se, combinam-se, dissolvem-se e recriam-se, ao mesmo tempo que se tencionam e reafirmam. Aí se encontram nativos, europeus e africanos, bem como árabes e asiáticos, todos levando consigo formas de comportamento e valores, crenças religiosas e linguagens, tradições familiares e ideias de vida, formas comunitárias e formas societárias de sociabilidade, modos de trabalhar e estilos de pensamento, utopias e nostalgias. Um experimento que se desenvolve desde o descobrimento e a conquista, passando pelo colonialismo e o imperialismo, entrando pelo globalismo; sempre marcado por nativismo, localismos, provincianismos e nacionalismos. (IANNI, 2004, p. 153)

O multiculturalismo é um dado da realidade. A sociedade é multicultural. Chauí (1999, p.14-15) afirma que cidadania cultural significa:

Antes de tudo, que a cultura deve ser pensada como um direito do cidadão – isto é, algo de que as classes populares não podem nem se sentir excluídas (como acontece na identificação popular entre cultura e instrução) e que a cultura não se reduz às belas-artes - como julga a classe dominante. (...)

Esta perspectiva multicultural está orientada à construção de uma sociedade democrática, heterogênea e plural que articule políticas de igualdade com políticas de identidade.

Partindo dessa assertiva, em que consistiria o programa político multiculturalista? A ideia central é a de que, quando há identidades culturais envolvidas, não basta garantir direitos iguais entre os membros de minorias e os membros da maioria cultural. A justiça exigiria o reconhecimento público de direitos diferenciados cujos portadores não são indivíduos, mas sim grupos.

Sob esta perspectiva, entendemos reais as possibilidades de implementação de uma cidadania verdadeiramente multicultural, a partir de ações estatais capazes de incluir minorias historicamente vulneráveis, como é o caso das comunidades quilombolas, objeto do presente recorte.

Para Kymlicka, tratar dos direitos das minorias não significa tão somente acabar com a desigualdade que as ronda e otimizar a igualdade de todos. É muito mais que isso: é assegurar que os indivíduos que fazem parte de grupos considerados minoritários tenham as mesmas oportunidades, de acordo com as suas desigualdades existentes, de viver e trabalhar como os demais indivíduos que fazem parte do grupo majoritário da sociedade (KYMLICKA, 1996, p. 153). O autor pondera acerca dos direitos diferenciados a grupos minoritários:

Los derechos diferenciados em función del grupo – como la autonomía territorial, el derecho al veto, la representación garantizada en las instituciones centrales, las reivindicaciones territoriales y los derechos lingüísticos – pueden ayudar a corregir dicha desventaja, mitigando la vulnerabilidad de las culturas minoritarias ante las decisiones de las mayorías [...] (KYMLICKA, 1996, p.153).

Feitas essas considerações, convém apresentar a Ficha Informativa sobre Direitos Humanos, publicada pelo Alto Comissário das Nações Unidas, onde as minorias podem ser definidas como “[...] *um grupo não dominante de indivíduos que partilham certas características nacionais, étnicas, religiosas ou linguísticas, diferentes das características da maioria da população [...]*” (FICHA INFORMATIVA SOBRE DIREITOS HUMANOS, Nº 18, 2004, p. 18).

Ressalta-se que as minorias podem ser caracterizadas ainda como grupos sociais que estão expostos à vulnerabilidade jurídico-social e que buscam numa luta contra hegemônica diminuir o poder vigente e garantir direitos de cidadania, construindo e reconstruindo nesse processo as suas identidades. Neste interim, buscam ter presentes estratégias discursivas e, ao mesmo tempo ações que tornem visível seus intentos.

Para além das controvérsias na doutrina a respeito da própria definição de minorias, Kymlicka (1996) entende que pouco tem sido feito para estabelecer um elenco especial de direitos visando garantir o pleno exercício da cidadania e a inclusão na sociedade dos grupos minoritários.

E neste aspecto, reconhecer identidades diferentes faz parte do intuito de sociedades multiculturais. Porém, ocorre que por vezes, os indivíduos são reconhecidos de forma equivocada, o que leva a exclusão social, como acontece no caso das minorias, que muitas vezes não carecem de reconhecimento, uma vez que são vistas, porém excluídas e/ou estigmatizadas. “*O que se pretende é o reconhecimento desses grupos como cidadãos portadores de direitos e garantias estatais que respeitem suas especificidades*” (TAYLOR, 1994, p. 45).

“*É fundamental ressaltar que, embora a diferença represente o que o “outro” é, o diferente de mim, para que o indivíduo possa identificar sua própria identidade é precisa reconhecer o outro, seja assemelhando como igual, seja reconhecendo-o como diferente*” (TAYLOR, 1994, p. 54). Somente diante do outro que se pode reconhecer a si próprio e as características que compõe sua identidade, que pode ser formada, tanto pelos elementos que compõem sua cultura, suas tradições, seu modo de vida.

Partindo dessas definições, convém apresentar o que entendemos como multicultural. O termo também é conhecido por pluralismo cultural ou cosmopolitismo, pois tenta conciliar o reconhecimento e respeito à diversidade cultural presente em todas as sociedades:

A expressão multiculturalismo designa, originariamente, a coexistência de formas culturais ou de grupos caracterizados por culturas diferentes no seio das sociedades modernas (...). Existem diferentes noções de multiculturalismo, nem todas no sentido ‘emancipatório’. O termo apresenta as mesmas dificuldades e potencialidades do conceito de ‘cultura’, um conceito central das humanidades e das ciências sociais e que, nas últimas décadas, se tornou terreno explícito de lutas políticas⁴. (SANTOS; NUNES, 2000)

⁴ Considerando as dificuldades conceituais do termo para as ciências sociais, bem como as ideologias que surgiram a partir da potencialidade do conceito, nos ateremos às noções de multiculturalismo, com sentido emancipatório.

Cumpre-nos esclarecer que há uma dificuldade básica na transposição dos termos do debate sobre o multiculturalismo para o contexto brasileiro, quando tratamos das minorias aqui existentes, especialmente ao tratarmos de afrodescendentes. Deste modo, apresentaremos de forma sucinta, as discussões a respeito do tema.

Há autores que entendem que Estado brasileiro pode ser considerado Estado multinacional tal como concebe a teoria de Kymlicka (1996):

Estado multinacional: no qual coexistem mais de uma nação devido a um processo de convivência involuntária (invasão, conquista ou cessão) ou voluntária (formação de uma federação) de diferentes povos. As minorias desse tipo de estado são basicamente nações que existiam originariamente no território do estado, passando a conviver com outras nações que chegaram posteriormente, como é o caso dos aborígenes canadenses, dos índios americanos ou dos indígenas brasileiros. (LOPES, 2008).

Durante muito tempo, os estados americanos e outros tradicionalmente considerados estados de imigração como a Austrália ou o Brasil, ignoraram os direitos das suas nações originárias, fundados na errônea e lamentável concepção de que essas nações “não tinham cultura” ou “eram de cultura inferior”, em relação à cultura ocidental. Kymlicka dirige sua atenção, precisamente, a esses grupos minoritários, às nações originárias, consoante com a definição tradicional de minoria da ONU, que apenas reconhece os grupos com especiais características étnicas, linguísticas ou religiosas como minorias. (LOPES, 2008)

Dessa maneira, Kymlicka dedica sua Teoria do Multiculturalismo a analisar as culturas minoritárias entendidas essas apenas como nações ou povos. Não obstante o autor canadense afirme não desconhecer a existência ou a importância de outros grupos minoritários, como as mulheres, homossexuais, idosos, etc., esta limitação não prejudica a importância da repercussão das suas propostas na defesa das minorias em geral. (LOPES, 2008)

Lado outro, há autores que entendem ser a distinção de Kymlicka empiricamente questionável. Conforme essa corrente, ele próprio reconhece um importante contraexemplo, o dos negros americanos, que não podem ser classificados nem como minoria imigrante nem como minoria nacional. No caso brasileiro, importa-nos a ambígua valorização assimilacionista do que se entende como legado cultural africano, bem como a marcante hierarquização das oportunidades sociais e econômicas, impondo-se aos afrodescendentes uma posição subalterna.

Neste sentido, Costa e Werle (1997), aduzem que a discussão sobre o multiculturalismo trata-se de disputas caracterizadas primariamente por seu caráter cultural, da busca de preservação e reconhecimento de identidades culturais preexistentes e razoavelmente diferenciadas. Podendo-se citar como exemplo, a minoria francófona canadense da qual parte Kymlicka, que reivindica a preservação do idioma francês, juntamente com seus valores culturais.

Os descendentes africanos brasileiros não puderam manter suas instituições para sua reprodução sociocultural. Como mostra Souza (1997), *“ao lado da forte e afortunada presença da herança africana em formas de expressão da cultura popular, as instituições brasileiras mantiveram-se marcadamente ibéricas”*. A isso se soma a multiplicidade étnica e linguística dos povos africanos trazidos compulsoriamente ao Brasil, além das épocas, circunstâncias e condições de vida e trabalho muito diversas impostas aos africanos e seus descendentes nas distintas regiões do país. (COSTA; WERLE, 1997)

Diante desta celeuma, não podemos considerar que exista uma comunidade étnica cultural politicamente homogênea, mas sim, uma ‘nação multicultural brasileira’ que historicamente busca a construção de uma identidade coletiva, apoiada sobre sentimentos compartilhados de exclusão e discriminação e nos vínculos simbólicos com outras comunidades da diáspora africana.

Costa e Werle (1997) reiteram as lições de Ianni (2004) quando aduzem que o fenômeno do multiculturalismo nas sociedades contemporâneas expressa a existência, no interior de uma mesma comunidade política, de diferentes grupos sociais que desenvolvem práticas, relações, tradições, valores e identidades culturais (individuais e coletivas) distintas e próprias:

O multiculturalismo é a expressão da afirmação e da luta pelo reconhecimento desta pluralidade de valores e diversidade cultural no arcabouço institucional do Estado democrático de direito, mediante reconhecimento dos direitos básicos dos indivíduos enquanto seres humanos e o reconhecimento das “necessidades particulares” dos indivíduos enquanto membros de grupos específicos. Trata-se de afirmar, como direito básico e universal, que os cidadãos têm necessidade de um contexto cultural seguro para dar significado e orientação a seus modos de conduzir a vida; que a pertença a uma comunidade cultural é fundamental para a autonomia individual; que a cultura, com seus valores e suas vinculações normativas, representa um importante campo de reconhecimento para os indivíduos e que, portanto, a proteção e respeito às diferenças culturais apresenta-se como ampliação do leque de oportunidades de reconhecimento. (COSTA; WERLE, 1997)

O multiculturalismo ensina que conceber e conviver com as diferenças requer o reconhecimento de que existem indivíduos e grupos distintos entre si, mas que não se anulam ou se excluem em termos de direitos iguais e de oportunidades correlatas que garantam a afirmação de suas identidades, a construção de sua cidadania e da sua existência com dignidade humana.

Uma das condições principais para a efetiva afirmação e reconhecimento da pluralidade de valores e da diversidade cultural é que cada grupo deve poder desfrutar do direito de ter iguais oportunidades e recursos ao exercício da cidadania. Isto implicaria no direito de cada um ser tratado com igual respeito e consideração. Consequentemente, dadas as desigualdades sociais e econômicas entre as diversas culturas, o efetivo reconhecimento e a integração igualitária das particularidades de diversos grupos socioculturais no ordenamento jurídico do Estado, exige um tratamento diferenciado, a fim de que possam estar em condições para o exercício da cidadania. (COSTA; WERLE, 1997)

O reconhecimento da diversidade social às reflexões é o resultado de um intenso processo de mobilização social por direitos em todo mundo, o que acabou resultando na edição de um conjunto de dispositivos no âmbito internacional e nacional. As Declarações e as Convenções Internacionais aliadas ao processo de organização e mobilização dos grupos sociais resultaram em profundas transformações na ordem jurídica brasileira, bem como de diversos países da América Latina. Vários autores descrevem esse processo a partir da noção de ciclos, quando os ordenamentos incorporam os dispositivos para o reconhecimento dos direitos dos povos e das comunidades tradicionais. As polêmicas geradas em torno do processo fizeram com que a Organização Internacional do Trabalho (OIT) revogasse a Convenção n. 107, de caráter assimilacionista, para a Convenção n. 169, que além de reconhecer a existência social dos grupos e seus direitos, adotou como critério de identificação a consciência de si, isto é a auto atribuição. (SHIRAISHI NETO, 2011)

O processo de reconhecimento do caráter plural e multiétnico das sociedades deve favorecer a constituição de um campo jurídico do “direito étnico” e, portanto, de uma forma própria de refletir o direito. Isto implica no afastamento de uma postura cristalizada, expressa através de nossas “práticas jurídicas”, e também, na abertura de outras possibilidades de interpretação jurídica que se encontram para além desses esquemas jurídicos. As questões são por demais complexas para serem compreendidas a partir de uma única disciplina do direito. No Brasil, a ideia da diversidade e do pluralismo jurídico vem se incorporando às reflexões; gerando polêmica entre os intérpretes, que enfatizavam a universalização dos direitos. (SHIRAISHI NETO, 2011)

Não nos cabe adentrar nesta polêmica, entretanto, ressaltamos que no Brasil, o processo ganhou força com a Constituição Federal de 1988, que reconheceu a existência de diversos grupos sociais. Além dos povos indígenas (artigo 231 da CF), foram reconhecidos explicitamente os quilombolas (artigo 68 do ADCT) e os seringueiros (artigo 54 ADCT), e por isonomia, os demais grupos sociais.

Nesse sentido, Silva (2007) chama atenção para o fato de que *“a Constituição opta pela sociedade pluralista que respeita a pessoa humana e sua liberdade, em lugar de uma sociedade monista que mutila os seres e engendra ortodoxias opressivas. O pluralismo é uma realidade, pois a sociedade se compõe de uma pluralidade de categorias sociais”*. (SILVA, 2007, 143).

Partindo destes pressupostos, temos que as novas identidades étnicas afrodescendentes são inegavelmente demandas multiculturais. Ressalta-se que neste sentido, as comunidades quilombolas entendidas como minorias vulneráveis em constante busca pela construção de sua identidade coletiva, necessitam de mecanismos que implementem sua cidadania multicultural.

A perspectiva da auto-definição estabelecida pelo Decreto 4.887/2003, dialoga com os critérios postos pelos próprios grupos étnicos, a partir de suas dinâmicas e de seus processos atuais. Portanto, é uma dimensão que foca no existir atual e se relaciona com a perspectiva de grupo etnicamente

diferenciado, tais como são concebidas as comunidades quilombolas. O direito à diferença é o correspondente implícito do direito à igualdade, princípio constitucional relevante para o Estado Democrático e de Direito, onde afirmar as diferenças deve significar: perseguir a igualdade entre os grupos.

Esta afirmação/reconhecimento “das culturas” dos grupos minoritários convertem-se numa das dimensões fundamentais do princípio da igualdade. No entanto, *“parte-se da premissa de que a igualdade é um objetivo a ser perseguido através de ações e políticas públicas, e que, portanto, ela demanda iniciativas concretas em proveito dos grupos desfavorecidos”*. (SARMENTO, 2006, p. 66)

Por outro lado, Daniel Sarmiento (2006) ao afirmar que a igualdade não é uma homogeneização forçada, destaca que todos têm a igual liberdade ao reconhecimento de suas diferenças e de viverem de acordo com elas. O autor explica que, nestes termos, a liberdade e a igualdade deixam de ser antíteses, tornando-se valores complementares. Portanto, o direito à igualdade pressupõe o respeito às diferenças.

Um dos desafios para essa implementação diz respeito aos evidentes padrões ético-normativos conflitantes de diferentes grupos socioculturais, para assegurar critérios de justiça que tenham um mínimo de universalidade. É importante observar que a discussão vai além da questão de se as instituições públicas devem ou não reconhecer e respeitar as identidades particulares de seus cidadãos e dos grupos socioculturais a que pertencem: o problema é, também, como devem fazê-lo.

Outro fator altamente interventor na prática cidadã paritária é a exclusão social decorrente da marginalização de determinados grupos que dependem da atuação estatal. A falta de políticas de reconhecimento dificulta o exercício dos direitos e deveres próprios da cidadania no Estado contemporâneo. Ressalta que não basta o reconhecimento formal, mas o verdadeiro respeito ao outro. Devem ser aniquiladas as relações verticais de subordinação, deve-se trabalhar sob o paradigma de relações horizontais, onde os interlocutores sociais vislumbrem-se a si e ao outro, em suas igualdades e diferenças, em condições de reciprocidade.

A grande questão que merece ser respondida nesse momento é como assegurar a ampliação desta prática cidadã, fazendo com que os excluídos sociais possuam, em suas escolhas o mesmo valor e consideração nas tomadas nas decisões. Como fazer com que os atores de uma comunidade tradicional possuam seus argumentos sopesados na mesma proporção, buscando sempre o respeito as suas necessidades?

Boaventura de Souza Santos (2003, p. 454/455) explica que a igualdade e a diferença são comuns a todos os povos, mas que *“pressupõe aceitação do imperativo transcultural de que todos têm o direito de serem iguais quando a diferença os inferioriza; bem como o direito de serem diferentes quando a igualdade os descaracteriza”*.

Pensando deste modo, o Estado brasileiro deve prestar-se a promover a cidadania de todos os indivíduos e grupos sociais culturalmente diferenciados. Deve proteger e assegurar a reprodução material e simbólica das diversas formas de vida, inclusive a quilombola, que formalmente encontra respaldo no art. 216 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e em diversos dispositivos jurídicos nacionais e internacionais que foram ratificados pelo Brasil, os quais fazem referência aos grupos sociais portadores de identidade étnica.

Neste sentido, são necessárias políticas públicas que verifiquem se “as culturas” estão em condições de diálogo, para que, então, sejam implementados programas e estratégias que possibilitem um intercâmbio cultural entre indígenas, comunidades quilombolas, ribeirinhas, dentre outra, com os demais setores da sociedade.

Entendemos que a cidadania que vislumbramos e defendemos até este ponto está longe de ser concretizada em um país que continua suprimindo direitos, apesar de tê-los jurisdicizado. Apostamos na tese sobre a ‘*inconclusão da cidadania*’, defendida por José Murilo de Carvalho, em *Cidadania no Brasil- o longo caminho*.

Nesta obra, Carvalho (2005) defende que o direito a esse ou àquele direito-suponhamos liberdade de pensamento e voto- não é garantia de direito a outros direitos- suponhamos segurança e emprego-, o que tem gerado historicamente, no caso do Brasil, uma *cidadania inconclusa*. O autor procura mostrar que a garantia de direitos civis ou políticos no Brasil estiveram e estão longe de representar uma resolução dos muitos problemas sociais aqui presentes - e a recíproca é verdadeira: eles marcham em velocidades díspares. A agudização dos problemas sociais, aliás, tem provado que não há um atrelamento necessário entre as três dimensões políticas de direitos (políticos, civis e sociais).

A *inconclusão* da cidadania é fato quando constatamos que são suprimidos direitos fundamentais de minorias vulneráveis, sejam comunidades tradicionais indígenas, quilombolas, sejam crianças, adolescentes, mulheres ou idosos.

A *inconclusão* da cidadania suprime o direito de realização plena do ser humano. Afasta as possibilidades de uma vida digna. Reforça a exclusão, a discriminação e a marginalização de quaisquer grupos, sejam identitários e culturais, ou não.

Deste modo, vislumbramos que as possibilidades teóricas apresentadas são apenas caminhos a percorrer na construção da cidadania das comunidades quilombolas, porém a concretização dessa cidadania ainda parece ser uma utopia diante da sua inconclusão e de todos os percalços enfrentados historicamente por estes grupos excluídos, minoritários e por isso, vulneráveis.

Portanto, a utopia na realização da cidadania seria possível em um Estado Pluriétnico que a partir de políticas públicas diferenciadas, assegurasse a democracia enquanto dissenso, que promovesse a cidadania enquanto diversidade e reconhecimento que por sua vez, andariam lado a lado com a igualdade

e liberdade, traduzindo-se como fatores de emancipação do sujeito de direitos, e, por conseguinte, implementando sua cidadania multicultural.

Referências

- ANJOS, Rafael S. A. dos. **Quilombolas: tradições e cultura da resistência**. São Paulo: Aori Comunicação, 2006.
- BERTAZO, João Martins. Cidadania e demandas de igualdade: dimensão de reconhecimento na diversidade cultural. In: OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades de. (org.) **Faces do multiculturalismo: teoria-política-direito**. Santo Ângelo: EDIURI, 2007.
- CARTILHA, **Direitos dos povos e comunidades tradicionais. Coordenadoria de Inclusão e Mobilização Sociais – CIMOS**; Ministério Público de Minas Gerais - MPMG, (orgs.), 2014.
- CARVALHO, José Murilo de. **Cidadania no Brasil- o longo caminho**. 7ª ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2005.
- CHAUÍ, Marilena. **Cidadania Cultural**, Novamerica, n.82, junho, 1999.
- COSTA, Sérgio. WERLE, Denilson Luís. **Revista Novos Estudos Cebrap**, nº 49, Novembro de 1997.
- DIEGUES, Antônio Carlos; ARRUDA, Rinaldo S.V. (org.). **Saberes tradicionais e biodiversidade no Brasil**. Brasília: Ministério do Meio Ambiente, 2001.
- DUPRAT, Deborah Pareceres Jurídicos – **Direito dos Povos e das Comunidades Tradicionais**. Deborah Duprat, org. Manaus: uea, 2007.
- IANNI, Octavio. **Pensamento social no Brasil**. Bauru, SP: EDUSC, 2004.
- KYMLICKA, Will. **Ciudadanía multicultural**. Paidós Estado y Sociedad. 1996.
- LEITE, Ilka Boaventura. Humanidades insurgentes: conflitos e criminalização dos quilombos. In: **Cadernos de debates Nova Cartografia Social: Territórios quilombolas e conflitos** /Alfredo Wagner Berno de Almeida (Orgs.) ... [et al]. – Manaus: Projeto Nova Cartografia Social da Amazônia / UEA Edições, 2010.
- LOPES, Ana Maria D´Ávila. **Proteção constitucional dos direitos fundamentais culturais das minorias sob a perspectiva do multiculturalismo**. Brasília a. 45 n. 177 jan./mar, 2008.
- MARSHALL T.H. **Cidadania, Classe Social e Status**. Rio de Janeiro: Zahar, 1967.
- NETO, Joaquim Shiraishi, org. **Direito dos povos e das comunidades tradicionais no Brasil: declarações, convenções internacionais e dispositivos jurídicos definidores de uma política nacional**. Manaus: uea, 2007.
- SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). **Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional e Igualdade Étnico- Racial. “In”: **Ordem Jurídica e Igualdade Étnico-Racial**. Secretaria Especial de Políticas de Promoção da Igualdade Racial da Presidência da República (SEPPPIR). PIOVESAN, Flávia; SOUZA, Douglas de. (coord.). Brasília: SEPPPIR, 2006.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 24ª edição, São Paulo: Malheiros, 2007.
- TAYLOR, Charles. **La Ética de la Autenticidad**. Tradução de Pablo Carbajosa Pérez. Barcelona: Paidós, 1994.

ASPECTOS RESTAURATIVOS NO MÉTODO APAC

Aline Ferreira Gomes de Almeida¹

Rafaella Rodrigues Malta²

RESUMO: A metodologia apaqueana apresenta uma alternativa humanizada ao modelo tradicional de cumprimento de pena, visando a reinserção e amparo ao ofensor. É oferecido aporte a ele e sua família para o atendimento de suas necessidades - o que configura um dos pilares da justiça restaurativa -, obtendo significativos resultados neste sentido. No presente estudo objetiva-se analisar a ingerência de nuances restaurativos neste contexto, inclusive no que tange a integração da vítima e da comunidade - demais pilares restaurativos. Para tanto, utiliza-se como marco teórico a obra de Howard Zehr.

Palavras-chave: Justiça Restaurativa. APAC. Vítima. Ofensor. Comunidade.

ABSTRACT: The apaqueana methodology presents a humanized alternative to the traditional model of serving sentence, aiming at reintegration and supporting the offender. It is provided to him and his family the supply to meet their needs - which sets up one of the pillars of restorative justice -, obtaining significant results in this regard. The present study seeks to analyze the interference of restorative aspects in this context, including those related to the participation of the victim and the community - other restorative pillars. Therefore, it is used as a theoretical framework the work of Howard Zehr.

Keywords: Restorative Justice. APAC. Victim. Offender. Community.

1 Introdução

As Associações de Proteção e Assistência aos Condenados – APACs são entidades civis de direito privado, sem fins lucrativos, dotadas de um método próprio, cujas finalidades são a recuperação e reintegração social dos condenados às penas privativas de liberdade, por meio de Centros de Reintegração Social.

Tratam-se, pois, de unidades prisionais dedicadas a ofertar um espaço digno e apto a incentivar o desenvolvimento pessoal dos reclusos em cumprimento de pena, quer no regime fechado, no semi-aberto ou aberto.

¹ Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Mediadora de conflitos. Advogada orientadora da Divisão de Assistência Judiciária da UFMG – DAJ. Integrante do Grupo de Estudos de Justiça Restaurativa da Faculdade de Direito da UFMG.

² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – UFMG. Vice-Diretora Adjunta da Divisão de Assistência Judiciária da UFMG – DAJ. Facilitadora de círculos restaurativos e extensionista associada ao Projeto Justiça Restaurativa: paz social, prevenção à violência e promoção de direitos da juventude. Integrante do Grupo de Estudos de Justiça Restaurativa da Faculdade de Direito da UFMG. Pesquisadora associada ao Núcleo Interfaces Direito e Psicanálise da UFMG – PSILACS.

Através de ação extensionista da Faculdade de Direito da UFMG realizada no segundo semestre de 2015, graduandos visitaram a APAC Masculina de Itaúna – a primeira que logrou êxito e está em funcionamento desde 1983 (APAC ITAÚNA, 2012).

Nessa ocasião membros do grupo de estudos de Justiça Restaurativa estavam presentes. Posteriormente a visita, tais integrantes iniciaram no grupo discussões acerca da metodologia apaqueana, cujo mentor foi Dr. Mário Ottoboni, na década de 1970 (APAC ITAÚNA, 2012).

Incentivado pelas discussões objetiva-se analisar o método APAC quanto à existência de aspectos restaurativos, mais especificamente no que tange à sua atuação frente às vítimas, aos ofensores – lá chamados de recuperandos – e suas famílias e à comunidade.

Inobstante, não é olvidado que as APACs fazem parte do Sistema Carcerário Brasileiro pautado na ótica retributiva.

Por conseguinte, utilizar-se-á como marco teórico a obra de Howard Zehr, que aborda o aspecto conceitual de justiça restaurativa, seus princípios, diretrizes e valores, além de expor alguns programas restaurativos. Nesse diapasão, têm-se como eixo central da justiça restaurativa as necessidades das vítimas e a responsabilidade ativa do ofensor na reparação do dano causado (ZEHR, 2010, p.27).

A hipótese é a de que, apesar do método APAC apresentar o Programa Árvore Sicômoro – PAS, o foco do seu trabalho cinge em ofertar aporte assistencial majoritariamente ao ofensor.

Para tanto, a presente pesquisa adota como metodologia a investigação jurídico-propositivo (GUSTIN; DIAS, 2010, p.27).

2 O método APAC frente aos envolvidos no delito: vítimas, ofensores e comunidade

Sabe-se que o objetivo central da justiça restaurativa é a reparação das ofensas e do dano causado pelo delito.

Para isso faz-se necessária a observância de quatro elementos essenciais, a saber: a) centrar-se nos danos e necessidades; b) atender às obrigações; c) envolver todas as partes interessadas - vítimas, ofensores e comunidade - e d) utilizar processos inclusivos e de colaboração. Tudo isso deve ser permeado pelo respeito face a todos os envolvidos (ZEHR, 2010, p.40).

Com base nesses elementos primordiais e principiológicos, utilizados para traçar diretrizes da justiça restaurativa, far-se-á a análise da metodologia APAC.

Como o próprio Howard Zehr explana em seu livro (2010, p. 51-57), há diversas práticas restaurativas desenvolvidas com a finalidade de efetivar a justiça restaurativa.

Com efeito, práticas restaurativas são formas autocompositivas de transformação de conflitos, pautadas na voluntariedade das partes e na confidencialidade do procedimento.

Neste particular, registre-se que uma de suas peculiaridades é a sua flexibilidade: muitas vezes esses modelos de práticas se misturam para melhor se aplicarem a realidade de determinado caso concreto.

No entanto, há como diferenciar tais modelos de acordo com a quantidade e a categoria de seus participantes. Em outras palavras: há como distinguir práticas restaurativas de acordo com sua abrangência na inclusão de partes envolvidas e interessadas no conflito gerado pelo delito.

Portanto, a fim de identificar aspectos restaurativos no método apaqueano, o presente estudo traçará o aporte que a referida metodologia dá às vítimas, aos ofensores e à comunidade.

2.1 As vítimas

A justiça restaurativa, além de assistir os ofensores, prima pela atenção às necessidades das vítimas.

É notório que o sistema carcerário convencional, empregado na punição de crimes, está longe de atender a estas necessidades, tanto pela falta de amparo ao ofensor para que ele repare o dano causado, quanto pela alienação da vítima no processo penal, seja na apuração do delito, seja na execução da pena.

A vítima é praticamente desconsiderada no sistema de justiça retributivo, vez que a noção de crime não abarca o evento danoso pessoal às vítimas.

O crime é tratado como uma ofensa dirigida ao Estado. O ofendido serve meramente de nexo causal entre o ofensor e o delito.

A justiça restaurativa visa a romper com esse paradigma.

Enquanto o sistema penal, pautado na justiça retributiva, preocupa-se em identificar qual norma foi infringida, a justiça restaurativa se atenta para quem sofreu o dano.

Sabe-se que os Centros de Reintegração Social que utilizam o método APAC tratam-se de unidades que servem para ofensores condenados cumprirem suas penas, independente do regime em foram sentenciados³. Sendo assim, em que medida o método apaqueano volta sua atenção às vítimas daqueles ofensores que lá cumprem suas penas?

Apesar de no Estatuto da APAC, o qual é comum a todas as unidades que seguem essa metodologia, haver uma única menção em relação às vítimas - ao final do art. 2º há uma previsão genérica qual seja: o socorro às vítimas -, na ação extensionista realizada pela UFMG na APAC Masculina de Itaúna, não foi mencionado qualquer atendimento às vítimas fomentado pela APAC.

³ Em um único Centro de Reintegração Social há ambientes separados destinados ao cumprimento da pena em cada regime (fechado, semi-aberto e aberto).

Em uma busca mais apurada, através da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados - FBAC, foi noticiada a existência do Programa Árvore Sicômoro - PAS. O programa foi impulsionado pela Prison Fellowship International, um dos financiadores das APACs e que possui um programa internacional de Justiça Restaurativa (FBAC, 2012).

O PAS é um programa que se utiliza do modelo de prática restaurativa denominado “encontros vítima-ofensor” nos casos envolvendo condenados que cumprem suas penas em alguma das APACs (FBAC, 2015d).

Vítimas e ofensores têm nesses encontros a oportunidade de dialogarem acerca dos impactos do crime, bem como partilhar suas histórias pessoais.

Notadamente, o ato de reconhecimento da responsabilidade pelo ofensor se mostra muito importante para a vítima, mesmo que não haja perdão ou reconciliação - prescindíveis ao método restaurativo.

O facilitador desses encontros propicia um ambiente oportuno para responsabilização ativa do ofensor, o qual pode oferecer atos simbólicos de restituição à vítima (FBAC, 2015d).

Os encontros vítima-ofensor feitos pelo PAS têm como princípios: “respeito, igualdade, confidencialidade, participação ativa e de escuta dos demais [participantes]” (FBAC, 2015d).

O PAS está ainda em fase de implementação nas APACs (MOUTINHO, 2015). A aplicação de um piloto do programa foi feita na APAC Masculina de Itaúna em 2013 com 6 (seis) vítimas e 6 (seis) ofensores (FBAC, 2013).

Desde então não foi realizado nenhum outro encontro desse tipo na APAC Masculina de Itaúna. Cumpre ressaltar que essas vítimas não foram vítimas dos ofensores que elas se encontraram, mas sim vítimas que sofreram o mesmo delito praticado pelo ofensor que elas estiveram cara a cara.

Ademais, salienta-se que apesar do PAS se dizer não evangélico, trata-se de requisito que os facilitadores dos encontros sejam cristãos e que seja dito aos participantes que o programa baseia-se nos ensinamentos e na pessoa de Jesus Cristo (FBAC, 2015d).

O PAS “usa relatos bíblicos e a discussão de valores cristãos como a confissão, o arrependimento, o perdão e a reconciliação [...]” (FBAC, 2015d). A própria escolha do nome do programa advém de uma passagem bíblica que relata o encontro de Zaqueu com Jesus - Lc 19, 1-10 (FBAC, 2015d).

Importante mencionar que o método APAC apresenta a religião como fator base.

Segundo Mário Ottoboni, criador do método,

o homem sem Deus não vê sentido na vida. Profissionalizá-lo, tão somente, como se faz comumente não o conduz a nenhum caminho seguro e poucos, pouquíssimos mesmo, se salva [SIC], quando retornam ao convívio social. No sistema APAC não se impõe esta ou aquela

religião, mas por todos os meios possíveis, se tenta convencer o presidiário da necessidade de se professar uma delas (1984, p. 27).

A questão religiosa é uma das principais críticas direcionadas à metodologia apaqueana. Aponta-se que a imposição de uma religião configura-se como critério discriminatório e excludente, vez que um ateu, por exemplo, não poderia optar por sair do atual sistema carcerário desumano sem ter que se converter a uma religião.

Ainda, em relação à prática restaurativa, este critério prejudicaria o desenvolvimento pleno dos encontros vítima-ofensor, tendo em vista que necessariamente o facilitador deve ser cristão e deve pautar nos encontros trechos bíblicos, ensinamentos de Jesus e valores cristãos.

Por conta disso, os facilitadores podem não conseguir estabelecer um ambiente de confiança, não conseguir criar *rapport* entre ofensores e vítimas envolvidos que praticam religiões não-cristãs e/ou vítimas que não praticam nenhuma religião.

Observa-se, portanto, que o método APAC não oferece assistência devida às vítimas de seus recuperandos. Em que pese os esforços do Projeto Árvore Sicômoro – PAS, este ainda é incipiente. Atender a vítima é algo secundário e subsidiário no método APAC.

[São] objetivos básicos da proposta apaqueana, como enfocamos: os recuperandos, em primeiro lugar, bem como seus familiares, devendo as próprias vítimas serem atendidas, quando e como possível. Essa é a orientação a ser seguida. (IMPRESSO..., 2016, p. 33)

O método apaqueano não demonstra o mesmo interesse e compromisso frente vítimas e ofensores; não trabalha a restauração das vítimas, no sentido de ajudá-las a recuperar seu senso de controle e atendendo às necessidades que elas mesmas vão percebendo em decorrência do dano sofrido (MIKA; ZEHR, 1998, p.47-55).

2.2 Os ofensores ou recuperandos

Em relação aos ofensores condenados, lá chamados de recuperandos, lhes é proporcionada atenção total do método APAC. Prestar proteção e assistência aos ofensores é a razão das APACs - sua sigla resume isso.

Os Centros de Reintegração Social que adotam a metodologia apaqueana proporcionam ao ofensor condenado, no cumprimento de sua pena, um ambiente digno e propício ao seu desenvolvimento pessoal - praticamente oposto ao sistema carcerário convencional superlotado e, por conseguinte, desumano.

Os ofensores são corresponsáveis pela sua recuperação. Recuperandos auxiliam a diretoria da APAC a manter a organização da unidade. Os próprios recuperandos possuem as chaves das celas e

permanecem cumprindo fielmente a execução de suas penas no espaço dos regimes em que foram condenados.

Os ofensores possuem assistência espiritual, educacional, social, médica, dentária, psicológica e jurídica (LARA, 2015, p.67). Mais especificamente em relação à assistência educacional, todos os recuperandos que não concluíram os estudos são obrigados a concluir até o segundo grau. Assim é ofertado a eles o ensino fundamental e médio, em parceria com escolas públicas, bem como cursos profissionalizantes e cursos superiores à distância.

Ademais, aos recuperandos é obrigatório o trabalho – o que da perspectiva da reintegração social e da remissão da pena é positivo. Uma das premissas fundamentais é a consideração do trabalho

como fator essencial á vida do homem, desenvolvendo treinamento paulatino até que o preso – muitos nunca trabalharam honestamente – assuma esse compromisso, como condição para retornar ao convívio da sociedade (OTTOBONI, 1984 p. 25).

Internamente, a APAC oferece laborterapia, como a fabricação de velas, para aqueles que cumprem pena no regime fechado e oficinas, como marcenaria e padaria, para aqueles submetidos ao regime semi-aberto e aberto (FBAC, 2015b). Externamente, aqueles que conseguem emprego em empresas locais, a partir do regime semi-aberto, têm autorização para trabalhar fora da unidade.

Inclusive, atividades aplicadas junto ao próprio organismo policial e junto à unidade apaqueana são exercidas pelos recuperandos. Assim, as funções de porteiro, serviços gerais, cozinheiro, cultivo de hortaliças, atendimento na lanchonete interna, serviços burocráticos, auxiliar de escritório, de farmácia e de atendimentos odontológicos e médicos, bem como a posse das chaves portões são de responsabilidade deles. Pautando-se “no princípio salutar do preso ajudando o próprio preso, restaurando-lhe o sentimento de auto-confiança, por se sentir útil, equivalente a um grito efetivo de alerta que vem de fora: alguém confia em você” (OTTOBONI, 1984, p. 25).

Ainda, a metodologia APAC considera a assistência à família do recuperando como um dos seus elementos fundamentais – cf. parágrafo único, alínea a do art. 2º do Estatuto da APAC.

Um dos alicerces da escala de recuperação é especificadamente “a assistência e orientação concomitantes ao preso e a respectiva família” (OTTOBONI, 1984, p. 24), em decorrência da conclusão dos fundadores da APAC de que

a família era e é, em 98% dos casos, a fonte geradora do criminoso, a preocupação primeira da APAC foi a de voltar as suas vistas para esse importante aspecto da questão e a de transformar a própria Entidade numa família, onde o reeducando pudesse se espelhar, buscando exemplos de vida (OTTOBONI, 1984, p. 24)

A assistência psicossocial é estendida à família, pois ofensor, ainda que recluso, continua intimamente ligado a ela. Além disso, trabalha-se “para que a pena atinja tão somente a pessoa do

condenado, evitando o máximo possível que ela extrapole a pessoa do infrator atingindo a sua família.” (FBAC, 2015a).

Os recuperandos têm direito a receber ligações de sua família semanalmente e também realizar uma ligação por dia para seus parentes. Ademais, todo domingo é dia de visitação. Seus familiares não são submetidos nenhum tipo de revista vexatória e podem levar mantimentos aos recuperandos.

Observa-se que o método APAC incentiva a responsabilidade ativa do ofensor em relação ao cumprimento de sua pena. Ademais, é proporcionada uma rede de assistência ao ofensor, atentando-se para as suas necessidades e de sua família.

Motiva-se uma transformação pessoal do ofensor, tal qual prescreve Zehr (2010, p.23), que inclui: a) a cicatrização de feridas do passado que contribuíram para sua conduta delitativa atual; b) a oportunidade de tratamento de drogadição ou de outros problemas e c) o fortalecimento de suas habilidades e destrezas pessoais.

O método APAC centra-se em assistir o ofensor no cumprimento de sua pena para que ele se reintegre a sociedade e não reincida. Em nenhum momento é olvidado que os ofensores muitas vezes são vítimas que fazem suas próprias vítimas, e que isso de modo algum justifica o delito, ou serve como argumento para desresponsabilizar o ofensor (ZEHR, 2010, p.38-40).

Sem dúvida a metodologia apaqueana trata as possíveis causas do delito, o que levou um indivíduo a praticar um crime. Aí reside o principal aspecto restaurativo do método APAC. Tal postura preventiva se reflete nos baixos índices de reincidência dos recuperandos, cerca de 10%, enquanto no sistema carcerário convencional esse índice é de 80% (APAC..., 2015).

2.3 A comunidade

A fim de identificar aspectos restaurativos em relação ao papel desempenhado pela comunidade no método APAC, faz-se necessário traçar, primeiramente, o conceito de comunidade para a justiça restaurativa.

Giselle da Cruz (2015, p.56), ao analisar o papel da comunidade nas experiências nacionais de justiça restaurativa desenvolvidas em Porto Alegre, São Caetano do Sul e Brasília, concluiu que

o elemento “comunidade”, essencial ao tripé básico da Justiça Restaurativa é composto, em tais experiências brasileiras desenvolvidas pelo judiciário, por redes de atenção locais (bairros, municípios ou Estados) [...]. Tal rede de atenção, dependendo da ação, pode envolver a rede primária (família, amigos, lideranças comunitárias, professores, diretores de escolas) e também a rede secundária (serviços e bens públicos, destinados ao mesmo território, que atendam ao mesmo público e que possuam objetivos comuns).

Para Zehr (2010, p.34-35), quando a justiça restaurativa fala sobre a comunidade, ela se refere ao que ele chama de “comunidades de cuidado” ou micro-comunidades. Essa comunidade é composta

por pessoas diretamente afetadas pela ofensa. O Autor explica que existem micro-comunidades de lugar, onde as pessoas vivem próximas e se relacionam entre si, e micro-comunidades de relações, em que as redes de relacionamento não se definem pelo espaço geográfico.

Ainda, Zehr (2010, p. 35) aduz o conceito de sociedade para a justiça restaurativa. Ela compreende pessoas indiretamente afetadas pelo delito. O interesse da sociedade vai muito além dos envolvidos em determinado caso. Preocupa-se com a segurança, os direitos humanos e o bem estar geral de todos os seus membros. O governo representa a sociedade e tutela seus interesses.

Tendo em vista que para a justiça restaurativa comunidade trata-se de micro-comunidades ou de rede primária, percebe-se que a prática restaurativa que se pretende implementar nos Centros de Reintegração Social, qual seja os encontros vítima-ofensor através do PAS, não tem o intuito de envolver diretamente a comunidade no processo de justiça.

Não obstante, o método APAC atribui à comunidade a participação no processo de “preparação do preso para voltar ao convívio social” (OTTOBONI, 1984, p. 28), trazendo como uma de suas vantagens “o rompimento da barreira da desconfiança existente entre o preso e a segurança” (OTTOBONI, 1984, p. 28), bem como, sendo os CRS apaqueanos entidades auxiliares da justiça, competem a eles fiscalizarem, em nome da sociedade, a execução da pena (OTTOBONI, 1984, p. 28).

O trabalho voluntário da comunidade é essencial ao funcionamento do método. São recrutados voluntários e os chamados casais padrinhos, cujas funções são de assistir e amparar o ofensor. Tanto os voluntários, quanto os casais padrinhos são submetidos a um curso preparatório de longa duração sobre a metodologia apaqueana (FBAC, 2015c).

Os voluntários devem ser verdadeiros exemplos de vida para os recuperandos.

Para esta tarefa, o voluntário, verdadeiro apóstolo dos condenados, precisa estar bem preparado. Sua vida espiritual deve ser exemplar, seja pela confiança que o recuperando nele deposita, seja pelas atribuições que lhes são confiadas, cabendo-lhes desempenhá-las com fidelidade e convicção. (FBAC, 2015c)

Os casais padrinhos também são voluntários. A presença deles na metodologia apaqueana justifica-se ante a constatação de que 97% a 98% dos recuperandos vieram de uma família enferma e desestruturada (FBAC, 2015c). “A grande maioria tem uma imagem negativa do pai, da mãe ou de ambos ou mesmo daqueles(as) que os substituíram em seu papel de amor.” (FBAC,2015c). A esses casais é incumbida a tarefa de refazer essas imagens, através do acompanhamento pessoal dos afilhados e de visita às famílias (ORGANOGRAMA..., 2016, p.96).

Mário Ottoboni mostra aqui que o trabalho do voluntário dentro das prisões, além de ser barato para o Estado, é visto pelo condenado como a mão estendida da sociedade agredida, mas que sem rancor e ódio (comuns no mundo do crime) acredita ser possível matar o criminoso para salvar o homem (NETO,1984, p. 13).

Nesta perspectiva, atribui-se a comunidade o papel de auxiliar o condenado a se reerguer e reintegrar a sociedade, mas não há iniciativas efetivas voltadas à responsabilização dessa comunidade ou ao auxílio às vítimas, como preceitua a justiça restaurativa.

As comunidades sofrem o impacto do crime e, em muitos casos, deveriam ser consideradas como partes interessadas em sua qualidade de vítimas secundárias. Os membros da comunidade têm papéis importantes a desempenhar e também é possível que tenham responsabilidades a assumir perante as vítimas, os ofensores e inclusive ante si mesmas (ZEHR, 2010, p. 23, tradução nossa)⁴.

3 Conclusão

Observa-se que o método APAC possui aspectos restaurativos majoritariamente no que diz respeito ao ofensor. Atenta-se para as suas necessidades e de sua família, contando com o auxílio da comunidade para tanto.

Não obstante, apesar de tratar as causas do delito, direcionando a uma postura de prevenção que busca a reinserção social do ofensor, o método APAC não trata dos danos ocasionados pelo delito.

A metodologia apaqueana não engendra esforços necessários à reparação da lesão delituosa. A vítima é posta em segundo plano e o incentivo à responsabilidade ativa do recuperando é frente ao cumprimento de sua pena, e não frente à assunção de obrigações a fim de reparar o dano perpetrado.

Contudo, não se deve de forma alguma desprezar ou desmerecer os empenhos do método APAC, pelo contrário. Tal metodologia cria um ambiente para resgatar a humanidade do ofensor, credita tanta confiança nele, que ele passa a se sentir confiante e intui que é uma pessoa confiável, assumindo fielmente sua responsabilidade no cumprimento da pena.

Ademais, Zehr expõe uma classificação gradativa entre modelos de práticas restaurativas que vai desde as práticas pseudo-restaurativas até as plenamente restaurativas. Para enquadrar determinado modelo nessa classificação, deve-se analisar a sua efetividade e seu alcance através das respostas às seguintes perguntas (ZEHR, 2010, p.67, tradução nossa):

1. Trata o modelo dos danos, das necessidades e as causas da ofensa?
2. Centra-se adequadamente na vítima?
3. Impulsiona os ofensores a assumir a responsabilidade por suas ações?
4. Envolve todas as partes pertinentes?
5. Existem oportunidades para dialogar e tomar decisões de maneira participativa?
6. O modelo respeita todas as partes envolvidas?⁵

⁴ Las comunidades sufren el impacto del crimen y, en muchos casos, deberían ser consideradas como partes interesadas en su calidad de víctimas secundarias. Los miembros de la comunidad tienen roles importantes que desempeñar y también es posible que tengan responsabilidades que asumir ante las víctimas, los ofensores e incluso ante sí mismos.

⁵ 1. ¿Trata el modelo los daños, las necesidades y las causas de la ofensa?
2. ¿Se centra adecuadamente en la víctima?
3. ¿Insta a los ofensores a asumir la responsabilidad por sus acciones?
4. ¿Involucra a todas las partes pertinentes?

Diante de tais inquirições consta-se que o método APAC não se configura como restaurativo. Segundo a avaliação do Autor, programas de tratamento ou reabilitação do ofensor, como a APAC,

podem ser considerados como parte da prevenção e, junto com a integração do ofensor, tem alguma afinidade com a justiça restaurativa. Porém, ao serem implementadas da maneira tradicional, muitas destas iniciativas de tratamento e reabilitação apresentam poucas características explicitamente restaurativas. Não obstante, estes programas poderiam funcionar de uma maneira restaurativa, e alguns de fato o fazem, ao organizar o tratamento com o propósito de que os ofensores compreendam o dano causado e assumam a responsabilidade correspondente, e ao presta a máxima atenção possível às necessidades das vítimas (ZHER, 2010, p. 69, tradução nossa)⁶.

Quanto ao aspecto religioso nesses modelos, Howard Zehr destaca que (2010, p. 69, tradução nossa): “[...] os programas de reinserção de ex-detentos ou o ensino religioso no cárcere, não são restaurativos em si; porém, podem desempenhar um rol importante em um sistema restaurativo, especialmente se reformulados dentro de um marco restaurativo”.⁷

Portanto, segundo a classificação do autor, a APAC é um programa potencialmente restaurativo, e embasa este entendimento estabelecendo que “tal como se pratica atualmente, no melhor dos casos não é mais que uma forma alternativa de castigo, não de justiça restaurativa” (ZHER, p. 69, tradução nossa)⁸.

Referências

APAC se destaca por trabalho de assistência a condenados em MG: Unidade de Itaúna tem 10% de reincidência ao crime. **G1 Centro-Oeste de Minas**, Itaúna, 1 jan. 2015. Disponível em: < <http://g1.globo.com/mg/centro-oeste/noticia/2015/01/apac-se-destaca-por-trabalho-de-assistencia-condenados-em-mg.html>>. Acesso em: 7 mar. 2016.

CRUZ, Giselle Fernandes Corrêa da. Justiça Restaurativa: a justiça do encontro entre vítima, autor e comunidade. In: MIRANDA, Lucas Pereira de, LARA, Raquel Guimarães, e LARA, Caio Augusto Souza (Org.). **Considere a**

5. ¿Existen oportunidades para dialogar y tomar decisiones de manera participativa?

6. ¿Respeto el modelo a todas las partes involucradas?

⁶ Estos programas pueden considerarse como parte de la prevención y, junto con la reintegración del ofensor, tienen alguna afinidad con la justicia restaurativa. Sin embargo, al ser implementadas de la manera tradicional, muchas de estas iniciativas de tratamiento y rehabilitación presentan pocas características explicitamente restaurativas. No obstante, estos programas podrían funcionar de una manera restaurativa, y algunos de hecho lo hacen, al organizar el tratamiento con el propósito de que los ofensores comprendan el daño causado y asuman la responsabilidad correspondiente, y al prestar la máxima atención posible a las necesidades de las víctimas.

⁷ [...] los programas de reinserción de excarcelados o la enseñanza religiosa en las cárceles, no son restaurativos en sí; sin embargo, pueden desempeñar un rol importante en un sistema restaurativo, especialmente si se reformulan dentro de un marco restaurativo.

⁸ Tal como se practica actualmente, en el mejor de los casos no es más que una forma alternativa de castigo, no de justicia restaurativa.

- alternativa:** A experiência de implantação de práticas restaurativas no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Belo Horizonte: Instituto Elo, 2015, p. 48-58.
- FBAC. **A Família.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, Itaúna, 23 dez. 2015. Disponível em: < <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac/familia>>. Acesso em: 7 mar. 2016.
- FBAC. **Dirigentes da PFI ministram palestra sobre Justiça Restaurativa em Itaúna.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, Itaúna, 24 jul. 2012. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/noticias/apacs-brasil/555-dirigentes-da-pfi-ministram-palestra-sobre-justica-restaurativa-em-itauna>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- FBAC. **Estatuto da APAC.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados. Disponível em: <https://www.dropbox.com/sh/7epj02ditiabua/AAAFbe9fQYGIN_aDQxdkv5sa/Administrativo/Estatuto%20Padr%C3%A3o.pdf?dl=0>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- FBAC. **O Trabalho.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, Itaúna, 22 dez. 2015. Disponível em: < <http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac/trabalho>>. Acesso em: 7 mar. 2016.
- FBAC. **O Voluntário e o curso para a sua formação.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, Itaúna, 23 dez. 2015. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/metodo-apac/educador-social-e-o-curso-para-sua-formacao>>. Acesso em: 8 mar. 2015.
- FBAC. **Programa Árvore Sicômoro.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, Itaúna, 31 ago. 2015. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/noticias-site/106-formacao/698-programa-arvore-sicomoro>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- FBAC. **Projeto Árvore Sicômoro encerra seu 1º Ciclo.** Portal da Fraternidade Brasileira de Assistência aos Condenados, Itaúna, 30 out. 2013. Disponível em: <<http://www.fbac.org.br/index.php/pt/noticias-site/721-projeto-arvore-sicomoro-encerra-seu-1-ciclo>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- Impresso: a visão cristã do método APAC. **Curso de formação de voluntários método APAC:** Apostila do monitor, Itaúna, 2016, p. 33. Disponível em: < <https://www.dropbox.com/sh/7epj02ditiabua/AAAir6iKfUriSnofS8ZQFOHSa/Curso%20Completo%20do%20M%C3%A9todo%20APAC%20para%20Forma%C3%A7%C3%A3o%20de%20Volunt%C3%A1rios/APOSTILA%20DO%20MONITOR%202016.pdf?dl=0>>. Acesso em: 8 mar. 2016.
- LARA, Caio Augusto Souza. As práticas restaurativas em espécie: um estudo conceitual. In: MIRANDA, Lucas Pereira de, LARA, Raquel Guimarães, e LARA, Caio Augusto Souza (Org.). **Considere a alternativa:** A experiência de implantação de práticas restaurativas no Juizado Especial Criminal de Belo Horizonte. Belo Horizonte: Instituto Elo, 2015, p. 59-70.
- MIKA, Harry, e ZEHR, Howard. Fundamental Principles of Restorative Justice. In: **The Contemporary Justice Review.** Akron: Mennonite Central Committee, v.1, n.1, p. 47-55, 1998. Disponível em: < <http://www.library.dal.ca/law/Guides/RestPathfinder/RestorativeDeclarationpdf.pdf>>. Acesso em: 7 mar. 2016.
- MOUTINHO, Marcelo. **Primeiro treinamento para as APACs sobre o Programa.** Blog do Programa Árvore Sicômoro, Itaúna, 6 fev. 2015. Disponível em: <<http://arvoresicomoro.blogspot.com.br/2015/02/nao-perca-em-setembro-de-2015-primeiro.html>>. Acesso em: 14 nov. 2015.
- NETO, Silvio. Prefácio. In: OTTOBONI, Mário. **A comunidade e a execução da pena.** Aparecida: Santuário, 1984, p.13.
- Organograma da APAC: Setores de Trabalho e Respectivas Funções. **Curso de formação de voluntários método APAC:** Apostila do monitor, Itaúna, 2016, p.95-96. Disponível em: < <https://www.dropbox.com/sh/7epj02ditiabua/AAAir6iKfUriSnofS8ZQFOHSa/Curso%20Completo%20do%20M%C3%A9todo%20APAC%20para%20Forma%C3%A7%C3%A3o%20de%20Volunt%C3%A1rios/APOSTILA%20DO%20MONITOR%202016.pdf?dl=0>>. Acesso em: 8 mar. 2016.
- OTTOBONI, Mário. **A comunidade e a execução da pena.** Aparecida: Santuário, 1984.
- ZEHR, Howard. **El Pequeño Libro de la Justicia Restaurativa.** Tradução por Vernon E. Jantzi. Paraguay: Good Books, 2010.



MEDIAÇÃO JUDICIAL COMO FORMA DE SOLUÇÃO DE CONFLITOS E A TEORIA DA AÇÃO COMUNICATIVA HABERMASIANA

Arkeley Xênia Souza da Silva¹

Lore Fortes²

RESUMO: O aumento da litigiosidade na atualidade aliada à morosidade dos meios tradicionais de resolução das demandas permite cada vez mais a busca por formas alternativas de solução de conflitos. A influência do Direito e do Poder Judiciário nas práticas sociais fazem parte do fenômeno da judicialização das relações sociais, representando transformações de ordem jurídica e social. Parte-se da hipótese que a prática da mediação estimula o agir comunicativo em uma sociedade marcada pelo individualismo, conflito e competição. A pesquisa tem como objetivo geral analisar a mediação como instrumento de resolução de conflitos, na perspectiva da teoria do agir comunicativo de Jürgen Habermas. Busca-se compreender o procedimento dos Juizados Especiais Cíveis do Complexo Judiciário - Natal/RN.

Palavras-chave: Conflito. Mediação. Teoria da Ação Comunicativa.

ABSTRACT: Increased litigation today coupled with the slow pace of traditional means of resolving the demands allows increasingly search for alternative forms of conflict resolution. The influence of law and the judiciary in social practices are part of the legalization of the phenomenon of social relations, representing changes of legal and social order. It started from the hypothesis that the practice of mediation encourages communicative action in a society marked by individualism, conflict and competition. The research has as main objective to analyze the mediation as a means of conflict resolution, in view of the theory of communicative action of Jürgen Habermas. We seek to understand the procedure of the Special Civil Courts of the Judicial Complex Prof. Forum Jalles Costa - Natal / RN.

Keywords: Conflict. Mediation. Theory of Communicative Action.

1 Introdução

O conflito é um fenômeno natural, inerente à condição humana e se apresenta em todos os tipos de relações em diversificados níveis. Conflitos sociais fazem parte de todas as relações da humanidade. As pessoas se envolvem em conflitos porque seus interesses e valores são confrontados, ou ainda porque suas necessidades estão insatisfeitas. “Um elemento de contato e fusão que age nas interações sociais sendo responsável pelas variadas formas de relações sociais”, (SIMMEL, 1995, 42) fazendo-se

¹ Doutoranda em Ciências Sociais – PPGCS-UFRN – arkeleysouza@gmail.com.

² Professora Doutora – Departamento de Ciências Sociais – PPGCS-UFRN - lore45@hotmail.com.

presente no cotidiano, tanto nas relações familiares quanto nas relações sociais. De acordo com Vargas e Ruth (2007, p.35), os conflitos apresentam três elementos distintos: situação, atitudes e comportamentos conflitantes, que precisam ser analisados e trabalhados em conformidade com o atual cenário onde a dogmática jurídica tradicional impede os sentidos, reduz acessos e diminui a possibilidade de se compreender a complexidade residente nos litígios.

O modelo processual atual é regulado pela sequência coerente da distribuição de bens jurídicos entre seus litigantes. O poder jurisdicional do Estado, no entanto, está passando por várias crises em “razão da complexidade das relações sociais e seus conflitos” (GHISLENI, SPENGLER, 2011, p. 10). Tal expansão se situa em uma dupla via, como a da “juridicização”, expressa pelo aumento do número de leis e, de outra parte, a da “judicialização”, traduzida pelo aumento do volume do contencioso. Corroborando neste entendimento, NICÁCIO (2011, p.22) enfatiza que “à tendência de juridicização, a judicialização se soma como uma sequência previsível: uma vez multiplicados os temas sobre os quais o direito oficial se estende”; ou seja, um direito iminentemente singular.

Assim, a influência do Direito e do próprio Poder Judiciário nas práticas sociais fazem parte do fenômeno da judicialização das relações sociais, representando transformações de ordem jurídica e social, com a reorganização do próprio sistema, trazendo consigo uma pluralidade de relações sociais e jurídicas. O aumento da litigiosidade na atualidade vem permitindo cada vez mais a busca por formas alternativas de solução de conflitos.

Neste contexto, os Juizados Especiais apresentam-se como um instrumento alternativo no enfrentamento do direito moderno em busca dos direitos fundamentais e consolidação à cidadania social, mediante práticas conciliatórias. Espaço em que a mediação compreende uma das formas alternativas de resolução de conflitos, permitindo a criação de um espaço público à prática dialógica, um importante instrumento para a construção de um espaço público democrático.

A ação comunicativa na sessão de mediação é analisada a partir do referencial teórico habermasiano, com destaque a fala relacionados ao entendimento e a comunicação na solução litigante e resgate das pretensões de validade dos envolvidos nos conflitos levando ao Juizado Especial Civil. Proposta de uma teoria crítica da sociedade, que tem no agir comunicativo o principal mecanismo de realização de entendimentos entre os envolvidos, aproximando-se de um verdadeiro Estado Democrático de Direito.

2 Mediação e a capacidade de negociação entre os conflitantes de acordo com o novo Código de Processo Civil

A mediação de conflitos já é conhecida desde a Grécia Antiga, pois existem relatos sobre o seu emprego “há cerca de 3000 a.C. na Grécia, bem como no Egito, Kheta, Assíria e Babilônia, nos casos entre as Cidades – Estados” (CACHAPUZ, 2003, p. 24).

Corroborando este entendimento, vê-se que a mediação esteve presente em leis gregas e romanas. Val Júnior (2006, p.21) discorre historicamente afirmando que nessas leis verifica-se a existência de um tipo de “magistrado” que era responsável por conciliar os litigantes, convencendo-os dos benefícios do acordo. Atualmente, a prática da mediação objetiva resgatar uma percepção afirmativa dos conflitos, contribuindo para que os litígios voltem a ser observados como oportunidade de construção de diálogos, produzindo o conhecimento de forma mais harmoniosa e cooperativa de convivência humana do que a judicialização.

Tal fenômeno representa uma série de transformações de ordem jurídica e social, com a reorganização do próprio sistema, com o aparecimento de novas formas de relações sociais, novos direitos e garantias individuais e coletivas, consideração de novas questões relevantes do meio ambiente, direito de família, gênero, consumidor e relações de trabalho, trazendo consigo uma pluralidade de relações sociais e jurídicas.

Determinados fatores podem justificar e explicar o fenômeno da judicialização, como crescimento da população, expansão de direitos e o processo da globalização

a busca pelo Estado Social resultou indubitavelmente em uma inflação legislativa, com a sanção em excesso de normas, de caráter mais imperativo do que diretivo, denotando o monopólio estatal da administração das próprias relações sociais. Esse contexto veio acompanhado de um fortalecimento do Poder Judiciário como garantidor das liberdades dos cidadãos, e uma massificação da sociedade que postula essas liberdades, contribuindo ainda mais para a manutenção do Estado como poder interventivo e regulador, inclusive, de relações sociais antes afetas à vida privada (YAGODNIK, MARQUES E TORRES, 2015, p. 4)

Portanto, um poder judiciário em um Estado cada vez mais interventivo, impedindo a liberdade do cidadão e o não cumprimento na totalidade de acesso à justiça como um direito social. Ressalte-se que o direito de acesso à justiça é um direito social assegurado a todos no inciso XXXV do artigo 5º da Constituição Federal.

Com o advento da Lei n. 9.099, de 26 de setembro de 1995 – Lei dos Juizados Especiais buscou-se um mecanismo alternativo de solução de conflitos, até mesmo mais eficaz do que o processo, considerando-se que na resolução do conflito, as partes almejam o resultado “duplo-ganho”, diferentemente do que ocorre no processo tradicional, no qual existe apenas uma parte no pólo positivo da demanda. Hoje, inverteram-se os papéis; a educação, a compreensão, o desenvolvimento e o

equilíbrio social foram fatores que determinaram o retorno ao uso de práticas conciliatórias e a busca de garantia dos direitos fundamentais.

No ângulo das relações sociais existem duas situações: as que se apresentam harmônicas e favoráveis e as que se conflitam. A primeira é a regra, pois a sociedade segue naturalmente sua caminhada e as pessoas de forma geral procuram portar-se com moderação dentro dos parâmetros de sensatez e bom senso, mantendo o respeito aos direitos e procurando atender às justas pretensões, ou, como diria Thomas Hobbes, dando cumprimento ao contrato social.

No entanto, esta busca desenfreada pela jurisdicionalização do conflito tem acarretado uma lentidão na resposta do Estado o que compromete a eficácia desta resposta.

Nesse contexto de se estimular o uso de práticas cooperativas em processos de resolução de disputas,

o acesso à Justiça deve, sob o prisma da autocomposição, estimular, difundir e educar seu usuário a melhor resolver conflitos por meio de ações comunicativas. Passa-se a compreender o usuário do Poder Judiciário como não apenas aquele que, por um motivo ou outro, encontra-se em um dos pólos de uma relação jurídica processual – o usuário do poder judiciário é também todo e qualquer ser humano que possa aprender a melhor resolver seus conflitos, por meio de comunicações eficientes – estimuladas por terceiros, como na mediação ou diretamente, como na negociação. O verdadeiro acesso à Justiça abrange não apenas a prevenção e reparação de direitos, mas a realização de soluções negociadas e o fomento da mobilização da sociedade para que possa participar ativamente dos procedimentos de resolução de disputas como de seus resultados (GENRO, 2015, p. 13)

As pessoas, em suas relações diárias, encontram obstáculos, de diversos fatores, para a solução tradicional de seus conflitos, dentre eles: a morosidade, o formalismo acentuado, dentre outros. Mas a par dessas questões, o modelo tradicional, em parcela significativa dos casos, não resolve a lide sociológica, mas apenas a lide processual. O Poder Judiciário, com sua organização recente, retrata apenas superficialmente de conflituosidade social, dirimindo controvérsias, mas nem sempre resolvendo o conflito. Como salienta Grinover (1988, p.19), um quadro atual constituído por “duas esferas jurídicas: Uma justiça tradicional, para julgar e sentenciar; e uma justiça informal, com visão primeira de prevenção conflito”. Indispensável à preocupação para os problemas sociais que estão na sustentação dos litígios.

Atualmente, a mudança de paradigma está construindo novos rumos para os processos de mediação (TRETIN 2011, p. 4). Hoje, a proposta orientadora para a mediação considera que o conflito é também uma oportunidade de crescimento e desenvolvimento. A superação da lógica determinista, binária, faz com que as práticas de mediação interessem-se pelas possibilidades criativas, favorecendo as diferenças, a diversidade e a complexidade.

Apoiando-se em noções de construção social da realidade, as estratégias de mediação fornecem perspectivas para a participação dos atores sociais, que podem incrementar a sua capacidade para iniciar ações novas, atuar como protagonistas ao enfrentar e resolver conflitos e dilemas em suas vidas.

Diante do panorama, há uma incessante procura por alternativas que resolvam, ou, ao menos amenizem, o problema instaurado. Para tanto, diversas alterações legislativas são implementadas para atribuir maior celeridade processual e disponibilização de mecanismos de solução de conflitos. Estas alterações ocorrem na Constituição Federal, no Código de Processo Civil, na criação dos Juizados Especiais, dentre outras. No decorrer da história, é possível verificar como as mudanças de paradigmas sociais, modelos econômicos e as mudanças no panorama e na estrutura política de um Estado de Direito interferem diretamente no Poder Judiciário. Estas mudanças sociais são apontadas na Sociologia Jurídica como fontes materiais de Direito, ou seja, como ensejos que norteiam ética, moral e logicamente o legislador no ato de elaborar a norma.

Neste sentido, Petrônio Calmon afirma que

a tese que ora se apresenta para a solução da denominada “crise da justiça”(…) culmina com a apresentação de uma proposta de política nacional de incentivo aos mecanismos para a obtenção da autocomposição e representa uma contribuição para crescimento e mudança social, para vencer a crise da justiça e consolidar um sistema de efetivas resoluções dos conflitos, reforçando a comunicação entre seus envolvidos, transformando o papel do Estado de extremo intervencionismo para o de incentivador e supervisor do diálogo, culminando com o fortalecimento do escopo maior, a pacificação social (CALMON, 2007, p.3)

Há necessidade, portanto, de uma mudança brusca na realidade social brasileira, indicando um rompimento de paradigmas com estudo de novas perspectivas.

Nessa discussão teórica a partir de um estudo de novas perspectivas, a partir da Resolução nº 125, de 29 de novembro de 2010, o Conselho Nacional de Justiça deu um importante passo para estimular a Mediação e a Conciliação, ao instituir a Política Judiciária Nacional de tratamento aos conflitos de interesses, incumbindo aos órgãos judiciários, de oferecer mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais, como a mediação e a conciliação, bem como prestar atendimento e orientação ao cidadão.

Considerando, através de um enfoque sociológico, fica claro, então, que o objetivo das formas alternativas de resolução de conflitos é importante para a sociedade.

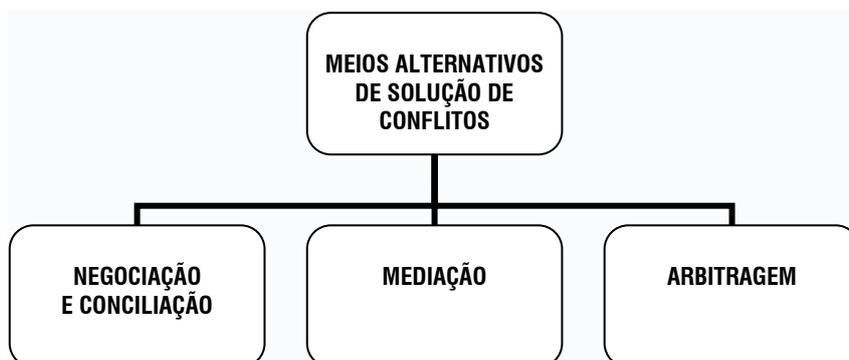


Figura 1 - Métodos Alternativos de Resolução dos Conflitos

De acordo com a figura 1, os meios alternativos de solução de conflitos apresenta, cada um deles, suas características que os distinguem uns dos outros. Todos são de importância para o estudo e prática da solução de conflitos na atualidade.

Como um dos conceitos entendidos, a mediação de conflitos se constitui um processo ordenado que se inicia com a perda da capacidade de negociação das pessoas envolvidas no conflito. As partes, para tanto, necessitam de uma ajuda de um terceiro, imparcial (mediador), para chegar a um satisfatório acordo, surgindo um novo espaço de comunicação e busca de soluções que satisfaçam as necessidades das partes envolvidas.

Processos de mediação como sistemas de resolução de conflitos compreendem uma estrutura sequencial lógica de uma realidade complexa em decorrência das relações de convivência dos níveis sociais e estruturais da sociedade.

Nesse diapasão teórico, em 06 de abril de 2011 o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Norte instituiu, através da Resolução 023/2011, o Núcleo Permanente de Métodos Consensuais de Solução de Conflitos no Poder Judiciário do Estado com o objetivo de implementar a Política Judiciária Nacional de Tratamento adequados aos Conflitos de Interesses no âmbito do Poder Judiciário, em consonância com a Resolução 125 do Conselho Nacional de Justiça – CNJ.

A mediação consiste em:

um prolongamento ou aperfeiçoamento do processo de negociação que envolve a interferência de uma aceitável terceira parte, que tem poder de tomada de decisão limitado ou não-autoritário. Esta pessoa ajuda as partes principais a chegarem de forma voluntária a um acordo mutuamente aceitável das questões em disputa. Da mesma forma que ocorre com a negociação, a mediação deixa que as pessoas envolvidas no conflito tomem as decisões. A mediação é um processo voluntário em que os participantes devem estar dispostos a aceitar a ajuda do interventor se sua função for ajudá-los a lidar com suas diferenças – ou resolvê-las (MOORE, 1998, p. 22-23)

De acordo com o Guia de Conciliação e Mediação, tem-se uma definição de mediação

a mediação pode ser definida como uma negociação facilitada ou catalisada por um terceiro. Alguns autores preferem definições mais completas sugerindo que a mediação é um processo autocompositivo segundo o qual as partes em disputa são auxiliadas por uma terceira parte neutra ao conflito ou por um painel de pessoas sem interesse na causa, para se chegar a uma composição. Trata-se de um método de resolução de disputas no qual se desenvolve um processo composto por vários atos procedimentais pelos quais o(s) terceiro(s) imparcial(is) facilita(m) a negociação entre as pessoas em conflito, habilitando-as a melhor compreender suas posições e a encontrar soluções que se compatibilizam aos seus interesses e necessidades (CNJ, 2015, p. 34)

Apresentando, portanto, três elementos fundamentais:

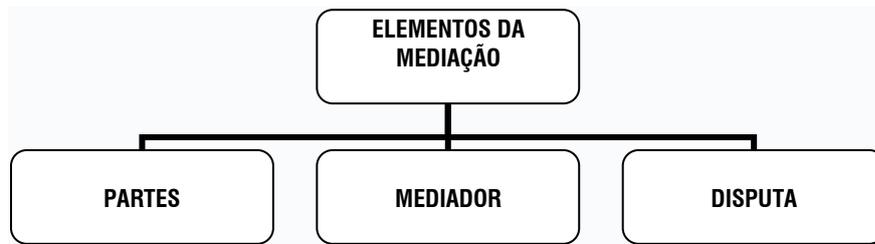


Figura 2 - Elementos Integrantes da Mediação

Um dos grandes méritos do novo CPC (Código de Processo Civil) é a introdução da mediação, atribuindo responsabilidade às partes envolvidas, para a resolução do conflito. Os métodos autocompositivos de solução de conflitos estão em destaque no CPC.

Com a reforma do Código de Processo Civil, o art. 166 passa a ter a seguinte redação: “A conciliação e a mediação são informadas pelos princípios da independência, da imparcialidade, da autonomia da vontade, da confidencialidade, da oralidade, da informalidade e da decisão informada.

A mediação foi elencada logo no primeiro capítulo do novo CPC, intitulado “Das Normas Fundamentais do Processo Civil”. O texto é claro ao estabelecer que o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos. De conformidade com o novo Código de Processo Civil, em seu art. 694, há uma ênfase nas ações de família, onde todos os esforços serão empreendidos na solução consensual do litígio, com profissionais de outras áreas de conhecimento para mediação e conciliação.

Ainda discorre sobre o papel do mediador, no art. 165, § 3º, este atuando preferencialmente nos casos em que houver vínculo anterior entre as partes, de modo que possam, pelo restabelecimento da comunicação, identificar, por si próprios, soluções consensuais que gerem benefícios mútuos.

O Novo Código de Processo Civil, positiva de forma muito objetiva onde e quando será aplicada, cabendo uma adaptação as mudanças e participação de forma efetiva na busca da pacificação social, única forma de obtermos a melhor atuação do Poder Judiciário, e a prestação jurisdicional mais efetiva.

3 Sessões de mediação, discurso e ação comunicativa: uma possibilidade

A perspectiva sociológica da teoria da ação comunicativa diz respeito a dois tipos de ação, que Habermas identifica como: ação instrumental e ação comunicativa.

Esse entendimento, analisado no prisma da mediação, leva a um pensar no entendimento de um “agir comunicativo”, onde surge um caminho voltado para o acordo mútuo, para a troca de argumentos e fundamentações verdadeiras. Um agir comunicativo sustentado em dois conceitos que se articulam entre si: ação ou atividade comunicativa e a razão comunicativa. Para Habermas um agir comunicativo que depende “de um processo de interpretação cooperativo em que os participantes se referem

simultaneamente a algo no mundo subjetivo, no mundo social e no mundo objetivo” (2012, v. 1, p. 221). Ou seja, ações que exigem uma interação, com um agir comunicativo voltado para o entendimento mediado pela linguagem, de uma interação “essas ações não se relacionam ao ator solitário, nem ao membro de um grupo social, mas aos participantes de uma interação”. (HABERMAS, 2012, v 1. 165)

Portanto, “uma ação é racional se estiver intimamente ligada a uma argumentação, quando se propõe a resolver conflitos potenciais por meio de argumentações destinadas a outras pessoas, na expectativa da busca de algum consenso possível” (BRITTO, 2014, p. 98).

A ação comunicativa entre as partes deveria se apresentar como objetivo na sessão de conciliação prevista na Lei, mas o que se apresenta, não raras vezes, para o jurisdicionado, é que o acordo deve ser alcançado a todo custo (RIBEIRO, 2012, p. 12) e, portanto, seria a única forma de pacificação social, independentemente de promover a ação comunicativa com os envolvidos no conflito.

Uma filosofia da linguagem na construção defensiva de uma razão comunicativa. Habermas esclarece este entendimento:

a razão centrada no sujeito encontra sua medida nos critérios de verdade e êxito, que regulam as relações do sujeito que conhece e age segundo fins com o mundo de objetos ou estado de coisas possíveis. Em contrapartida, assim que concebemos o saber como algo mediado pela comunicação, a racionalidade encontra sua medida na capacidade de os participantes responsáveis da interação orientarem-se pelas pretensões de validade que estão assentadas no reconhecimento intersubjetivo. A razão comunicativa encontra seus critérios nos procedimentos argumentativos de desempenho diretos e indiretos das pretensões de verdade proposicional, justeza normativa, veracidade subjetiva e adequação estética (HABERMAS, 2000, p. 437)

Habermas tenta destacar o nexos das práticas e da própria comunicação cotidianas. O sujeito não mais visto como solitário, mas participante de uma comunidade em que o conhecimento é linguisticamente mediatizado e relacionado com o agir. (POLLI, 2013, p. 19)

A razão comunicativa contribui, portanto, para reforçar as formas de vida coletiva concretas, alargando os laços de solidariedade entre grupos e promovendo a socialização (HABERMAS, 2000, p. 451). Para Habermas, a linguagem fornece o denominador comum que permite integrar as perspectivas filosóficas, sociológica e psicológica, possibilitando a unidade na inter e multidisciplinariedade. “Quando Habermas fala em linguagem, está interessado na linguagem como um meio no qual se realizam interações. Está interessado nas interações linguisticamente mediadas”. (FREITAG, 1992, p. 238)

Considerando, portanto, sob um ponto de vista sociológico, um agir comunicativo que necessita de comunicação, “a necessidade do agir coordenado gera na sociedade uma determinada demanda de comunicação; e essa demanda precisa ser atendida quando, para cumprir o propósito de satisfazer essa carência, é obrigatoriamente possível uma coordenação efetiva de ações”. (HABERMAS, 2012, p. 477)

Na realidade vivida nas sessões de mediação, há necessidade não apenas as partes envolvidas se disporem ao agir comunicativo, mas também o mediador se proponha a determinado objetivo, para que

se promova a comunicação entre os envolvidos no conflito que buscaram o Juizado Especial Cível para satisfação de suas pretensões de validade.

De acordo com Freitag (2005, p. 36) Habermas propõe enfatizar três campos temáticos interligados, que integram os elementos para a sua “teoria da ação comunicativa” .

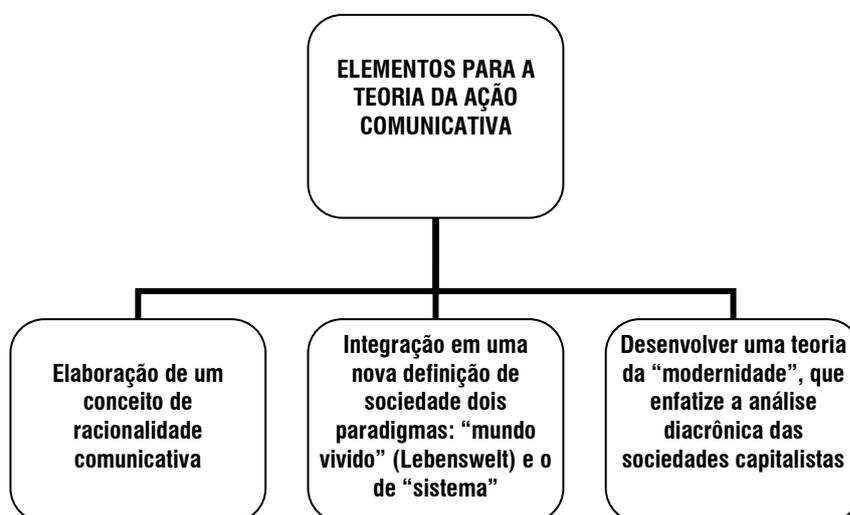


Figura 3 - Elementos da Teoria da Ação Comunicativa

Campos temáticos que buscam em uma sequência reflexiva, a efetivação de uma racionalidade comunicativa, que somente pode ser efetiva em um determinado contexto social, manifestando-se, na prática cotidiana, sob a forma da “ação comunicativa”. Portanto, um agir comunicativo como um tipo de atividade social que se caracteriza como uso de atos de fala orientados simetricamente pelo entendimento.

A condução dos envolvidos de um conflito à ação comunicativa necessita de uma linguagem que leva ao reconhecimento e compreensão, uma forma de comunicação que contribua para a construção das interações e alcançar o entendimento, de acordo com Habermas (2003, p. 241), uma promoção da ação comunicativa com o uso da linguagem orientada pelo entendimento. A busca de uma razão quando ela se torna conhecida através da linguagem, meio pelo qual se pode chegar a um conceito mais amplo de razão, a uma razão comunicativa, estruturada a partir de um processo cooperativo de interpretação, no qual os envolvidos se relacionam simultaneamente nos mundos objetivo, social e subjetivo. Por vezes, o não conhecimento dos envolvidos acerca de sua liberdade de composição e de comunicação potencializa a pressão em virtude de negociações envolvendo aspectos superficiais do conflito.

Ao Judiciário cabe, mediante o não cumprimento das prescrições normativas, a imposição de uma solução, através de legitimação de dizer o Direito, com a busca de novas formas de enfrentamento dos conflitos sociais, como alternativa ao excesso de judicialização, enfrentado nos Tribunais do país.

Nesse sentido, a mediação, pode servir como um instrumento efetivo de agilização da solução dos litígios, contribuindo de forma significativa no sistema judiciário e na qualidade das relações humanas, através de uma verdadeira mudança de paradigma, na busca de uma ordenação e sistematização de uma prática social, desenvolvendo em contrapartida o acesso à Justiça.

Entende-se, que resta ao Estado a responsabilidade de adoção de medidas adequadas para que o novo sistema de solução consensual de conflitos atinja os objetivos propostos em sintonia com os fundamentos assegurados na Constituição Federal de 1988.

4 Considerações finais

A mediação, como uma forma de resolução judicial de conflitos, constitui uma manifestação particular de um amplo movimento de identificação que coloca em prática mecanismos não judiciais de solução de controvérsias. A mediação, sendo entendida como facilitação de um diálogo. Se revela como um importante e útil método de pacificação dos conflitos que se inscrevem no contexto de melhora de acesso a justiça, buscando favorecer o diálogo entre as partes.

Habermas sustenta que a racionalidade comunicativa só se tornou possível com a modernidade. Das sociedades concentradas as chamadas sociedades tradicionais, passa-se para um momento de difração de funções sociais, onde o mundo dos fatos, das normas e da subjetividade se diferencia e já não é mais dominado por uma unidade verdadeira total. A ação dos indivíduos ou dos grupos passa a ser coordenada segundo critérios de uma racionalidade comunicativa, ou seja, de uma racionalidade própria ao processo comunicativo social, que, entende-se objetivar ao amplo conhecimento.

Portanto, há necessidade de se pensar numa justiça participativa que opere real transformação, abrindo caminho para uma nova forma de promoção dos direitos humanos, através de uma leitura social que busque a reconciliação, com a possibilidade de um debate e prática em torno do papel do Judiciário, canalizando para a construção de canais de legitimação social.

Referências

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**, de 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. **Lei dos Juizados Especiais Cíveis e Criminais (JECRIM)**. Lei Federal nº 9.099, de 26 de setembro de 1995. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9099.htm>. Acesso em: 15 jan 2015

BRASIL. **LEI Nº 13.105, DE 16 DE MARÇO DE 2015. Alterações Código Civil. Novo Código Processo Civil Brasileiro. Disponível em:** <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13105.htm> Acesso em: 15 dez. 2015

BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça**. Resolução nº 125/2010. Disponível em: Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/resolucao-1252010-conselho-nacional.pdf>>. Acesso em: 10 dez. 2014.

- BRASIL. **Conselho Nacional de Justiça 2015**. Guia de Conciliação e Mediação Judicial: orientação para instalação de CEJUSC. (Brasília/DF: Conselho Nacional de Justiça). Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/destaques/arquivo/2015/06/1818cc2847ca50273fd110eafdb8ed05.pdf>> . Acesso em: 10 nov. 2015
- BRITTO, Cláudia Aguiar Silva. **Processo Penal Comunicativo**. Comunicação Processual à Luz da Filosofia de Jürgen Habermas. Curitiba: Juruá, 2014.
- CACHAPUZ, Rozane da Rosa. **Mediação nos Conflitos & Direito de Família**. Curitiba: Juruá, 2003, p. 24
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 3
- FREITAG, Bárbara. **Itinerário de Antígona: A Questão da Moralidade**. São Paulo: Papyrus, 1992.
- FREITAG, Bárbara. **Dialogando com Jurgen Habermas**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2005.
- GENRO, Tarso. Prefácio da primeira edição de Azevedo, André Gomma (Org.) **Manual de Mediação Judicial**, Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2015. p. 13.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. **Participação e Processo**. Revista dos Tribunais. São Paulo: RT, 1988, p. 282.
- GHISLENI, Ana Carolina, e SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de conflitos a partir do Direito Fraternal**. Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2011.
- HABERMAS, Jürgen. **O Discurso Filosófico da modernidade**. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol 2. Sobre a crítica da razão funcionalista. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- HABERMAS, Jürgen. **Teoria do Agir Comunicativo**. Vol 1. Racionalidade da ação e racionalização social. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2012.
- MOORE, Christopher W. **O Processo de mediação: estratégias práticas para a resolução de conflitos**. Trad. Magda França Lopes. Porto Alegre: ARTMED, 1998.
- NICÁCIO, Camila Silva. **Direito e Mediação de Conflitos**: Entre Metamorfose da regulação social e administração plural da justiça. Rev. Fac. Direito UFMG, Belo Horizonte, n. 59, p. 11 a 56, jul./dez. 2011
- POLLI, José Renato. **Habermas. Agir Comunicativo e ética do discurso**. São Paulo: Editora In House, 2013.
- RIBEIRO, Wilson Ferreira. **Promovendo a Ação Comunicativa na Sessão de Conciliação do Juizado Especial Cível**. Artigo Disponível em: <http://www.fesmpdf.org.br/arquivos/WILSON_RIBEIRO.pdf> Acesso em: 11 nov 2015.
- SIMMEL, G. **Sociologia**. Organização de Evaristo de Moraes Filho. São Paulo: Ática, 1983
- TRENTIN, Taise Rabelo Dutra; TRENTIN, Sandro Seixas. Mediação como um meio alternativo de tratamento de conflitos prevista no novo CPC e na Resolução 125 CNJ. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XIV, n. 95, dez 2011. Disponível em: <http://ambito-juridico.com.br/site/?artigo_id=10863&n_link=revista_artigos_leitura>. Acesso: em: 08 jan. 2016.
- VARGAS, Benavides; RUTH, Rosa. **Problemática Jurídica de La Conciliación em el Proceso Penal Peruano**. Disponível em: < http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/tesis/human/benavides_v_r/contenido.htm>. Acesso em: 12 dez 2015
- YAGODNIK, Esther Benayon; MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub; TORRES, Juliana Barbosa. **Alternativa ao método assistencialista tradicional de resolução de conflitos na contemporaneidade**: mediação extrajudicial desenvolvida no núcleo de prática jurídica. 2015. Disponível em: <http://portal.anpocs.org/portal/index.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=8771&Itemid=459> Acesso em: 14 out.2015.



OS DIFERENTES PAPÉIS DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO: uma perspectiva comparada entre o Rio de Janeiro e Buenos Aires

Bárbara Gomes Lupetti Baptista¹

Klever Paulo Leal Filpo²

Thais Borzino Cordeiro Nunes³

RESUMO: Este trabalho é fruto de pesquisa empírica realizada por contraste no Rio de Janeiro e em Buenos Aires, tendo como proposta problematizar os diferentes papéis que os advogados exercem na mediação. Em ambos os espaços de pesquisa verificamos que os advogados exercem duas funções básicas nas sessões de mediação: (1) representante legal da parte; (2) mediador. No entanto, cada um dos modelos observados lida com essas funções de forma diferenciada. Além disso, no Rio de Janeiro, o mediador pode ser formado em qualquer curso superior, enquanto em Buenos Aires só podem ser mediadores os advogados com mais de três anos de atuação, circunstâncias que distinguem as formas como cada lugar internaliza as práticas da mediação e permite perceber as tensões verificadas na relação constituída entre advogados e mediadores.

Palavras-chave: Mediação. Advogado. Mediador. Rio de Janeiro. Buenos Aires.

ABSTRACT: This article is the result of empiric research made by contrast in the cities of Rio de Janeiro (BRA) and Buenos Aires (AR) and had the proposal of putting under discussion the different roles that lawyers practice in mediation. In both cities, we verified that lawyers practice two basic functions in the mediation sessions: (1) client's legal representative; (2) mediator. However, each model observed deals with these functions in a different way. Besides that, in Rio de Janeiro, the mediator can be graduated in any University course, while in Buenos Aires, the mediators can only be lawyers with more than three years of practicing. These circumstances distinguish the ways of how each place exercise the mediation practice and allow noticing the tensions verified in the relation constituted between lawyers and mediators.

Keywords: Mediation. Lawyer. Mediator. Rio de Janeiro. Buenos Aires.

¹ Professora Adjunta da Universidade Federal Fluminense. Professora Permanente do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Veiga de Almeida. Pesquisadora do INCT-InEAC/UFF.

² Professor do Programa de Pós-graduação em Direito da Universidade Católica de Petrópolis. Professor da Graduação em Direito da UFRJ-ITR. Pesquisador do INCT-InEAC/UFF.

³ Bacharel em Direito pela Universidade Católica de Petrópolis (UCP). Mestranda em Direito no Programa de Pós-Graduação em Sociologia de Direito da UFF.

1 Introdução

Este artigo é fruto de pesquisa empírica realizada no âmbito do projeto “Estudos empíricos sobre a aplicação de mediação de conflitos pré-processual em Buenos Aires – Argentina”, contemplado pela chamada MCTI/CNPq/MEC/CAPES nº 22/2014. Pretende-se problematizar os diferentes usos da mediação de conflitos no Rio de Janeiro e em Buenos Aires, sendo certo que, neste *paper*, pretendemos abordar os diferentes papéis que, segundo nossas observações de campo, os advogados desempenham na mediação institucionalizada, aqui, no Rio de Janeiro, e lá, em Buenos Aires.

Verificamos que em ambos os lugares, o advogado transita pelos espaços de mediação exercitando dois diferentes papéis: (1) na qualidade de mandatário da parte, funcionando como seu representante; ou (2) na qualidade de mediador. No entanto, cada um dos modelos observados lida com essas funções de forma diferenciada, o que pretendemos explicitar neste *paper*.

Além disso, nos interessa marcar o cruzamento desses papéis com a função do mediador, a fim de entender como essa relação se apresenta no campo empírico observado.

Como cediço, a mediação costuma ser definida como um método autocompositivo de resolução de conflitos através do qual as partes em litígio são auxiliadas por um terceiro neutro e imparcial (o mediador) para que elas próprias possam chegar a uma solução adequada para o litígio (BRAGA NETO, 2012). O atributo “autocompositivo” se refere ao protagonismo das partes na definição do que é melhor para si próprias, ao invés de entregarem ao juiz o poder de decidir a esse respeito.

Na explicação de Carnelutti (2000, p. 269), “autocomposição é a expressão do poder reconhecido à vontade dos interessados para a tutela dos seus interesses. O fato de que o litígio possa ser composto pelas próprias partes sem intervenção do juiz significa que a lei se remete à vontade delas no que concerne à tutela dos interesses recíprocos”.

A mediação também se propõe a estimular o empoderamento das partes. Nesse contexto, a atuação do mediador assume papel importante, ao mesmo tempo em que se verifica a proporcional redução dos poderes do Juiz e do protagonismo dos advogados. Ambos têm de ceder o lugar de atores privilegiados para as partes, contentando-se com uma atuação mais secundária com a qual não estão, ainda, acostumados, por não ser este o *ethos* do campo jurídico tradicional.

Segundo uma fala recorrente de nossos interlocutores, em Buenos Aires, antes da adoção das práticas de mediação, os advogados estavam bem acostumados a uma atuação processual contenciosa. Nela sempre exerceram o papel de porta-vozes das partes, atuando em seu lugar, falando em seu nome, litigando por procuração e, portanto, exercendo uma postura de atores principais, dos quais as partes eram meras coadjuvantes. Hoje, com a mediação, a proposta é de que esta posição se inverta, trazendo dificuldades para que os advogados se reconheçam neste lugar, secundário.

A curiosidade que nos instigou neste trabalho foi, portanto, a de direcionar o nosso olhar para o campo empírico. Ele nos ajudou a entender de que modo os papéis de mediador e de advogado, em contraste com o das partes, vêm sendo desempenhados por esses atores, nesse contexto em que, tanto no Brasil (mais recentemente) como na Argentina (há duas décadas), se pretende estimular a administração autocompositiva de conflitos.

O contraste com Buenos Aires nos chamou a atenção porque, lá, o papel de mediador é exclusivo dos advogados, exigindo-se esta formação como requisito essencial. Ao contrário do modelo agora adotado no Brasil, como veremos.

Em princípio, esta restrição do modelo argentino se chocou com algumas crenças e idealizações muito presentes entre os entusiastas da mediação (por exemplo, WARAT, 2004). É uma percepção bastante disseminada entre estes de que seria “melhor” para a mediação que a mesma fosse conduzida por atores com formação mais humanística e menos bélica e combativa. No entanto, a observação das práticas nos tirou desse lugar de “pré-conceito” e nos permitiu perceber que ser ou não ser advogado não era propriamente a questão mais interessante da pesquisa, mas sim analisar as tensões entre esses distintos papéis, em perspectiva empírica.

No Brasil, o Novo CPC permitiu que qualquer pessoa capacitada em curso específico de formação de mediadores possa funcionar como mediador. De outro lado, a legislação processual exige que as partes compareçam às sessões de mediação acompanhadas de advogado ou de defensor público.

Lá, em Buenos Aires, os mediadores, dentre outros requisitos, devem comprovar experiência na advocacia, tendo, portanto, formação jurídica. Assim como é cogente a participação dos advogados nas sessões, na qualidade de representantes das partes.

É justamente a comparação entre as práticas de mediação realizadas no Rio de Janeiro e em Buenos Aires, desde essas distintas perspectivas, que compõe o corpo deste *paper*.

Sistematizamos as ideias a serem apresentadas no trabalho do seguinte modo: em um primeiro momento, apresentaremos a formação dos mediadores e a representação sobre o seu papel e atuação, no Brasil, mais especificamente no Rio de Janeiro; após, descreveremos a formação dos mediadores em Buenos Aires e apresentaremos a forma como desempenham o seu papel e os sentidos atribuídos por eles próprios à sua atuação profissional; por fim, contrastaremos os dados de ambos os espaços de observação, sugerindo algumas reflexões, ainda incipientes, sobre os papéis desses atores nas formas autocompositivas de administração de conflitos.

Além de apontar os contrastes verificados em campo, trataremos de pensar, outrossim, como (ou se) a experiência portenha pode ajudar a pensar a experiência Brasileira nesse campo, pois, devemos ressaltar – como bem o fizeram nossos interlocutores em Buenos Aires – que a sua primeira lei de

mediação é datada de 1996, ou seja, tem exatos vinte anos. Daí porque a experiência de nossos *hermanos* pode servir como importante elemento de contraste para fomentar reflexões sobre as nossas próprias práticas.

O trabalho de campo que subsidia os resultados aqui apresentados foi realizado por contraste entre dados coletados no Rio de Janeiro, através de diferentes pesquisas realizadas nos espaços de mediação (MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011; FILPO, 2014; VERAS, 2015; MARQUES, 2016), e incursão etnográfica em Buenos Aires, em duas etapas distintas: a primeira, em julho de 2015, e a segunda, em novembro de 2015. Nessas oportunidades, observamos sessões de mediação e entrevistamos interlocutores, notadamente, mediadoras privadas e advogados.

Sobre a observação das práticas de mediação em Buenos Aires, tivemos a oportunidade de discutir alguns resultados incipientes em outros artigos apresentados em eventos recentes, contribuindo para um permanente exercício de problematização desse tema que, sob as luzes da empiria, mostra-se verdadeiramente infundável e sempre instigante⁴.

Ampliando ainda mais esse debate, pretendemos descrever neste *paper* os resultados dessa experiência contrastiva e exploratória, que nos permitiu identificar os diferentes papéis e representações que os atores do campo nutrem acerca da função do advogado nos espaços de mediação. Sendo certo que este trabalho também incorpora as sugestões e os resultados dos debates mantidos com os colegas do Grupo de Trabalho n. 8, Mediações, Justiça Restaurativa e Diferentes Formas de Administração de Conflitos, no VII Congresso da ABraSD.

2 Duas cidades, dois percursos diferentes

Vale dizer que os portenhos já possuem um longo caminho percorrido na mediação institucionalizada e, conforme será visto, enfrentaram muitas dificuldades até alcançarem o *status* atual que a mediação e os mediadores parecem possuir na sociedade argentina.

⁴ Trabalhos apresentados pelos autores deste paper em outros eventos:

1. LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; FILPO, Klever Paulo Leal; NUNES, Thais Borzino Cordeiro. Formalidade e Confidencialidade da Mediação de Conflitos em Perspectiva Comparada: Experiências Empíricas no Rio de Janeiro e em Buenos Aires. In: IV Encontro Nacional de Antropologia do Direito. 2015, São Paulo. Comunicação apresentada no GT Processo, Construção da Verdade Jurídica e Decisão Judicial.

2. LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; FILPO, Klever Paulo Leal. Judicial versus Extrajudicial: Reflexões sobre o espaço da Mediação em Buenos Aires e no Rio de Janeiro, em Perspectiva Comparada. In: 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense. 2015, Niterói. Comunicação apresentada no GT Mediação Comunitária, Justiça Restaurativa e Diferentes Formas de Administração de Conflitos.

3. LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes; FILPO, Klever Paulo Leal; MELLO, Kátia Sento Sé; NUNES, Thais Borzino Cordeiro. Percepções e Contrastes entre a Mediação no Rio de Janeiro e em Buenos Aires: Fronteiras entre Judicialidade e Não Judicialidade. In: XI Reunião de Antropologia do Mercosul. 2015, Montevideu. Comunicação apresentada no GT Sensibilidades Jurídicas e Sentidos da Justiça na Realidade Contemporânea: um diálogo entre a Antropologia e o Direito.

Em Buenos Aires, os mediadores, advogados e partes convivem com a mediação institucionalizada há mais de 20 (vinte) anos. Aqui no Rio de Janeiro, modelo parecido somente passou a existir há cerca de 06 (seis) anos, através de uma Resolução e não de uma lei federal, que só veio a ser aprovada em 2015, circunstância que precisa ser observada porque, certamente, interfere na forma como as práticas acontecem aqui e lá.

Com efeito, no Brasil, o grande marco para implementação da mediação foi a Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ), que trouxe as primeiras diretrizes para criação dos Centros de Mediação e a formação dos mediadores. Previamente a essa resolução, havia apenas algumas medidas tímidas, dos próprios Tribunais – como a Resolução nº 19/2009 do TJRJ – em que houve uma primeira tentativa de institucionalizar a mediação de conflitos.

Somente no ano de 2015 houve inovações legislativas tratando, especificamente, da mediação. Em março de 2015 foi aprovado o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), trazendo especial tratamento para a mediação e a conciliação em juízo. Em seu artigo 3º, § 3º, estabelece que todos os operadores do direito devem incentivar o uso de tais métodos.

Também em março de 2015 foi aprovada a Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), um marco legislativo importante que tratou, dentre outros, de regulamentar a profissão do mediador judicial e extrajudicial, destacando, também, as diferenças entre os dois regimes.

Ressalta-se que não queremos estabelecer um juízo de valor entre os dois sistemas – fluminense e portenho. Mas sim pontuar as diferenças entre os dois modelos e, por meio de contrastes, refletir sobre as opções e práticas recentemente adotadas nesse campo das soluções consensuais.

3 A formação dos mediadores, a Lei de Mediação e o Novo Código de Processo Civil: a experiência do Rio de Janeiro

Inicialmente, pretende-se explicitar como é a formação atual dos mediadores no âmbito do TJRJ, com base na Resolução nº 19/2009 do referido Tribunal e na Resolução nº 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça. Isto porque, como já informado, as leis que regulamentam o tema foram aprovadas há pouco tempo, não havendo ainda informações claras sobre como os Tribunais irão se organizar para atender aos seus mandamentos.

No âmbito do TJRJ, na oportunidade em que realizamos a pesquisa, o mediador podia ser qualquer pessoa com formação de nível superior e era uma atividade voluntária, isto é, não remunerada. Exigia-se a frequência em curso de mediação oferecido pelo próprio Tribunal.

A Resolução nº 125/2010, em seu Anexo I, indica o formato desejável para os “Cursos de Formação e Aperfeiçoamento dos Mediadores”. Nesse modelo sugerido pelo CNJ, o curso seria

composto por três módulos sucessivos e complementares, que correspondem a diferentes níveis de capacitação.

No TJRJ, após a conclusão do curso, os mediadores devem cumprir uma carga horária mínima de atividades práticas nos centros de mediação.

No campo de pesquisa, os interlocutores explicitaram tal exigência afirmando que, somente após a parte prática do curso é que os mediadores poderão ser “certificados”. Embora não exista uma regra clara a respeito, os mediadores entendem que, após a certificação, poderiam receber uma contrapartida financeira. Ocorre que tal expectativa não ocorreu até o momento, e a função de mediador continua sendo “voluntária”.

Na prática, o que foi observado através da pesquisa empírica é que os cursos de mediação assumem formatos variados e que o roteiro proposto pelo CNJ é entendido como uma sugestão para direcionar os Tribunais (FILPO, 2014; NUNES, 2015; VERAS, 2015).

A necessidade do Tribunal e dos Centros de Mediação é, de fato, o fator determinante para identificar se a formação será mais extensa ou mais simplificada.

Por exemplo, em uma Comarca do interior do estado, havia necessidade de formar rapidamente uma turma de mediadores, pois o centro de mediação estava para ser inaugurado. Então, foi ministrado um curso de uma semana com alunos convidados pela juíza responsável, por outros juízes e funcionários do fórum. Segundo depoimentos, houve cursos bem mais longos, com meses de duração. Conversamos com um dos egressos desse curso e ele explicou a carreira de mediador dessa maneira:

Muitos dos meus colegas do curso de mediação são psicólogos e acho que fizeram o curso por motivos profissionais. Outros tinham expectativa de contratação futura e outros fizeram por curiosidade mesmo, para aprender mais sobre o tema. Ouvi dizer que um mediador credenciado pelo tribunal, que pode trabalhar em escritórios particulares com o serviço de mediação, chega a receber até R\$300,00 por hora [...] acho que o Tribunal deveria pensar em remunerar os conciliadores e mediadores. No momento, todos são voluntários. Isso seria fundamental para poder cobrar resultados e comprometimento.

Em um dos Centros de mediação no âmbito do TJRJ, quando da pesquisa de campo, a secretária informou que naquele momento quase não estavam ocorrendo as sessões de mediação por falta de mediadores. Ela afirmou que acredita que isso decorria do fato de serem voluntários. Disse acreditar que se os mediadores fossem pagos, haveria um compromisso maior.

Através da pesquisa de campo, percebemos que os próprios mediadores reconheciam que a falta de infraestrutura e de remuneração para exercerem suas funções atrapalhava muito o bom andamento e o funcionamento efetivo das sessões de mediação. Uma mediadora da Comarca da Capital revelou que estava difícil levar adiante os trabalhos porque os mediadores desistiam, poucos continuavam: “ninguém consegue ficar trabalhando de graça muito tempo”, disse ela.

Outro mediador considerou que:

É difícil criar um cadastro definitivo de mediadores, porque não recebemos nada para exercer a função. Isso complica muito...é bom porque serve como atividade jurídica para os concursos da magistratura e do MP...isto é um estímulo, por exemplo...agora, salário, salário, não recebemos.

O novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) tenta solucionar a questão da remuneração dos mediadores, mas também deixa a decisão a critério de cada Tribunal. Veja-se:

Art. 169. Ressalvada a hipótese do art. 167, § 6º, o conciliador e o mediador receberão pelo seu trabalho remuneração prevista em tabela fixada pelo tribunal, conforme parâmetros estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça.

§ 1º A mediação e a conciliação podem ser realizadas como trabalho voluntário, observada a legislação pertinente e a regulamentação do tribunal.

O Código determinou que os Tribunais poderão organizar concurso público para a formação de quadros de mediadores. Já a Lei de Mediação dispôs que: “Art. 13. A remuneração devida aos mediadores judiciais será fixada pelos tribunais e custeada pelas partes, observado o disposto no § 2º do art. 4º desta Lei.”

Contudo, no plano empírico, o problema continua, já que não se verificou, até o momento, nenhuma iniciativa concreta para constituir uma carreira de mediadores, ou mesmo para tornar efetiva uma remuneração justa em favor desses profissionais.

Além dos problemas apresentados, questão crucial que se destaca no campo é a formação prévia dos mediadores (formação profissional). Isto porque, quando da elaboração do projeto do Novo Código de Processo Civil, surgiu a discussão acerca do perfil desejado para o mediador, estando este intimamente atrelado à sua respectiva formação profissional.

A Ordem dos Advogados do Brasil (OAB) se posicionou de forma corporativa para que os mediadores fossem advogados. De fato, o Anteprojeto do Novo Código de Processo Civil, elaborado em 2009 e apresentado ao Senado Federal trouxe a seguinte redação:

Art. 137. Os tribunais manterão um registro de conciliadores e mediadores, que conterà o cadastro atualizado de todos os habilitados por área profissional.

§ 1º Preenchendo os requisitos exigidos pelo tribunal, entre os quais, necessariamente, inscrição na Ordem dos advogados do Brasil e a capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada pelo tribunal, o conciliador ou o mediador, com o certificado respectivo, requererá inscrição no registro do tribunal.

Entretanto, após emendas durante o processo legislativo – que contou com diversas audiências públicas e pareceres de juristas – levaram a redação atual do novo CPC, que determina:

Art. 167. Os conciliadores, os mediadores e as câmaras privadas de conciliação e mediação serão inscritos em cadastro nacional e em cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal, que manterá registro de profissionais habilitados, com indicação de sua área profissional.

§ 1º Preenchendo o requisito da capacitação mínima, por meio de curso realizado por entidade credenciada, conforme parâmetro curricular definido pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça, o conciliador ou o mediador, com o respectivo certificado,

poderá requerer sua inscrição no cadastro nacional e no cadastro de tribunal de justiça ou de tribunal regional federal.

Com relação ao mediador advogado, o Novo CPC determina que “Os conciliadores e mediadores judiciais cadastrados na forma do caput, se advogados, estarão impedidos de exercer a advocacia nos juízos em que desempenhem suas funções” (artigo 167, §5º). A Lei de Mediação (Lei nº 13.140/2015), por seu turno, fez a distinção entre a formação previa do mediador judicial e do extrajudicial, dispondo da seguinte forma:

Subseção II - Dos Mediadores Extrajudiciais

Art. 9º Poderá funcionar como mediador extrajudicial qualquer pessoa capaz que tenha a confiança das partes e seja capacitada para fazer mediação, independentemente de integrar qualquer tipo de conselho, entidade de classe ou associação, ou nele inscrever-se.

Subseção III - Dos Mediadores Judiciais

Art. 11. Poderá atuar como mediador judicial a pessoa capaz, graduada há pelo menos dois anos em curso de ensino superior de instituição reconhecida pelo Ministério da Educação e que tenha obtido capacitação em escola ou instituição de formação de mediadores, reconhecida pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados - ENFAM ou pelos tribunais, observados os requisitos mínimos estabelecidos pelo Conselho Nacional de Justiça em conjunto com o Ministério da Justiça.

Assim, pode ser mediador extrajudicial a pessoa capaz que detenha a confiança das partes, exigindo a “capacitação para mediação”. Por outro lado, para ser mediador judicial, não é necessário ser advogado, mas apenas a formação em curso superior em qualquer área, há pelo menos dois anos, e conclusão do curso específico de capacitação em mediação.

O movimento em prol da mediação cria expectativas de que o novo CPC contribuirá para a difusão do método, mas outros trabalhos têm demonstrado que a apropriação da mediação pelo Judiciário esbarra em práticas arraigadas no sistema tradicional, que não sabe lidar com formas autocompositivas, o que poderá burocratizar e formalizar o seu caminho e, com isso, inviabilizar o seu uso (MARQUES, 2016; MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011).

4 O papel dos Advogados na Mediação: a experiência empírica fluminense

No Brasil, especialmente no campo de pesquisa no TJRJ, percebemos que há uma grande tensão entre os magistrados, mediadores e os advogados. Isto porque, estes últimos são vistos – na maior parte das vezes – como atores bélicos, que dificultam a solução consensualizada do conflito. Segundo uma mediadora entrevistada por Veras (2015, p. 135), os advogados não gostam da mediação porque “perdem a potência”.

É certo que durante a pesquisa de campo, os mediadores e juízes sempre afirmaram que a Ordem dos Advogados do Brasil e os próprios advogados não estão excluídos da mediação. Entretanto, na prática, percebemos que paira certo estigma sobre os advogados, nas sessões de mediação.

Veras (2015), Filpo (2014) e Rangel (2013) descrevem muito bem as tensões entre mediadores e advogados em seus trabalhos empíricos. Na tese de Veras (2015, p. 134), ela chega a narrar a “ameaça” que um constitui ao outro e descreve falas em que, por exemplo, mediadores afirmam que “achávamos um saco (*sic*) a presença do advogado”.

Como não havia, até 2015, legislação sobre o tema, assegurando a presença dos advogados nas sessões de mediação (como agora ocorre em vista do texto do Novo CPC), a participação dos advogados nessas sessões costumava causar muita polêmica e ruídos. A Resolução nº 29/2009 do TJRJ informava que a participação dos advogados na mediação deveria ser incentivada (evitando usar expressões que pudessem tornar essa presença obrigatória).

Na Comarca da Capital havia, na sala de espera do Centro de Mediação, um aviso com o seguinte teor: “*Senhores Advogados. Aviso: é facultado aos senhores a presença na sala de mediação, observando-se o desejo das partes*”. Acreditamos que se tratava de uma forma sutil de mantê-los afastados.

Assistimos a algumas sessões de mediação que prescindiram da presença do advogado, especialmente, em se tratando de mediações pré-processuais. Em uma delas, a mediadora não se conteve e declarou: “como é melhor quando o advogado não está...”.

Veras (2015, p. 135) menciona que uma mediadora com quem conversou disse que no início tinha de “sensibilizar” os advogados e ficava ensinando técnica de atuação colaborativa para permitir que a mediação fluísse. Muitas vezes, percebia a presença desses profissionais como um empecilho.

Fato é que, apesar da resistência, normalmente, para fins práticos, os advogados participam de algumas sessões de mediação, notadamente aquelas endoprocessuais, ou seja, oriundas de encaminhamento do magistrado ao centro de mediação.

Verificamos em campo que, nestes casos, há um motivo bastante relevante para que o advogado esteja presente na sessão de mediação (e que ensejou, inclusive, a redação do novo CPC, que determina a presença obrigatória do advogado na mediação): a homologação do “Termo de Entendimento em Mediação”.

É que, após retornar ao juízo de origem, o acordo eventualmente obtido na mediação deve ser juntado aos autos do processo e somente poderá ser homologado pelo juízo depois de ouvidos os advogados. Assim, caso estes não concordem com o acordo, esse não será homologado e, portanto, todo o tempo aplicado na mediação será desperdiçado.

Em vista dessa imposição, um acordo assinado pelas partes sem a ratificação pelos advogados não poderia validamente fazer parte do processo e ser homologado. Por isso, é sempre desejável, como precaução, consultar os advogados antes de finalizar do tempo de acordo. Nos cursos de formação de mediadores há orientação nesse sentido. Contudo, a diferença entre “ser desejável” e “ser obrigatório”

tornava a questão dúbia e tensa essa relação, fato que, agora, deixa de ter relevância, na medida em que os novos diplomas legais determinam como obrigatória a presença do advogado.

Importante dizer também que, igualmente, por parte dos advogados, tampouco existe euforia em relação à mediação. Os advogados entrevistados – aqueles militantes – não demonstraram nenhum interesse na mediação. Muitos deles não sabiam nem mesmo que existia tal instituto.

Veras (2015) menciona em sua tese o desinteresse dos advogados nessa forma diferenciada de administração de conflitos. Um dos advogados entrevistados pela autora foi taxativo ao asseverar que “este centro de mediação não é uma coisa boa para os advogados” (2015, p. 132).

Outra preocupação constante dos advogados diz respeito ao tempo demandado para que as mediações possam acontecer de modo satisfatório. O tratamento de um caso nos centros de mediação é sempre demorado. São necessários vários encontros, chamados sessões, e muita conversa para que as partes possam chegar a um entendimento, o que nem sempre acontece. Quando não há acordo, o processo retoma o seu curso normal e, nesse caso, todo o tempo despendido na mediação é “perdido” (exceto quando se constata uma melhora na comunicação, a despeito da não formalização do ajuste).

Os mediadores consideram que a boa mediação prescinde de acordo, sendo suficiente o restabelecimento do diálogo entre as partes. Já os advogados, mais pragmáticos, consideram que a mediação sem acordo é antiprodutiva. Um advogado nos disse claramente: “Que perda de tempo! Ficar aqui mais de uma hora para ouvir a parte reclamar de um extravio de bagagem que não deu em nada...”. “Não dar em nada”, na sua fala, significava não atingir um acordo que pudesse extinguir o processo.

Sendo assim, diante das tensões entre perspectivas e expectativas de mediação, a questão que se coloca é: como incluir os advogados nas sessões de mediação e na construção do acordo? Essa é uma questão importante a ser refletida, ainda mais com a aprovação do Novo CPC, em que os advogados terão grande influência na opção de escolher pela mediação. Isto porque a nova lei determina como requisito essencial da petição inicial cível a opção, ou não, pelo procedimento da mediação ou da conciliação, conforme o caso.

5 A formação dos mediadores em Buenos Aires

Na Argentina, a primeira lei de Mediação foi publicada em 1996 (Ley nº 24.573/1996) e estabelecia a mediação pré-judicial obrigatória para as causas cíveis, como regra geral. Isto é, em determinados casos estabelecidos na legislação, as partes deveriam primeiramente procurar um mediador e realizar a sessão de mediação. Caso esta fosse infrutífera, aí sim as partes poderiam ingressar no Judiciário para solucionar o conflito, sendo certo que a ata de mediação é documento indispensável para ser apresentado junto da petição inicial.

Ocorre que, por ser um novo método de resolução de conflitos, a lei tinha um prazo de vigência, a título de experimentação. Assim, em vista de resultados positivos, foi publicada a nova Lei de Mediação (Ley nº 26.589/2010), vigente até o momento.

Vale dizer que, em Buenos Aires, identificamos outras modalidades de mediação, para além desta que se encontra regulada pela lei 26.589. Contudo, neste artigo, para efeito de delimitação, é esta modalidade, prejudicial e obrigatória, o que nos interessa.

Apesar de ser uma Lei federal, cada província da Argentina tem suas peculiaridades com relação à mediação. A presente pesquisa foi realizada em Buenos Aires e, portanto, serão consideradas as características da mediação naquela cidade.

Outro aspecto interessante, já destacado previamente, é que em Buenos Aires a mediação – como regra geral – é feita de forma extrajudicial. Lá a função de mediador é privada e deve ser remunerada, e as sessões de mediação podem ser realizadas em escritórios de advocacia e/ou de mediação.

Para as pessoas que não podem pagar pela mediação, há centros públicos que oferecem a mediação de forma gratuita, como por exemplo, a *Dirección Nacional de Mediación* e o *Escritorio Jurídico Gratuito da Universidad de Buenos Aires*.

A lei portenha exige, para quem deseje ser mediador, o atendimento dos seguintes requisitos, em tradução livre do artigo 11 da Lei: a) título de advogado com 3 anos de antiguidade na matrícula; b) cumprir a capacitação exigida pela regulamentação; c) ser aprovado em exame de idoneidade; d) contar com inscrição vigente no Registro Nacional de Mediação; e) cumprir as demais exigências estabelecidas pela regulamentação.

Funciona assim: o advogado, formado há pelo menos três anos, deve realizar o curso específico de mediador. Após, deverá prestar uma prova, organizada pela *Dirección Nacional de Mediación*. Caso aprovado, será inscrito no Registro Nacional de Mediadores (vinculados ao Poder Executivo, não ao Judiciário) e poderá exercer a profissão de mediador.

Como curiosidade, uma atualização da lei em 2010 incluiu a categoria de “profissional assistente”. A lei permite que os mediadores, contanto com o consentimento das partes, possam atuar com profissionais oriundos de “áreas afins” ao conflito que seja matéria da mediação, cujas especialidades são estabelecidas por regulamento próprio.

Este mediador, meramente assistente, também deve concluir o curso específico de formação em mediação, bem como submeter-se ao exame para obter o Registro Nacional de Mediação. Destaca-se o fato de que o profissional assistente só poderá atuar conjuntamente com o “mediador-advogado”, sendo certo que está subordinado a este último. Portanto, a lei, ao mesmo tempo em que amplia o rol de formação dos mediadores, determina uma hierarquia entre eles, priorizando a figura do advogado.

A fala de alguns mediadores ilustrou essa nuance. Em primeiro lugar, uma mediadora nos disse, com algum ressentimento, que:

A mediação é uma disciplina em si mesma, que pode ser exercida por qualquer pessoa que faz o curso. Essa é uma postura. Então como os psicólogos, já houve um mediador-arquiteto, mediador-engenheiro. Mas muitos psicólogos, antropólogos, cientistas sociais, se formaram para serem mediadores. Quando saiu a lei, ela dispôs que a mediação prejudicial só pode ser feita por advogados. Porque outra vez estamos em um contexto judicial. Então, aparentemente só podem ser os advogados. E não se abriu um campo para os outros mediadores.

E outra, por outro lado, atenta ao aspecto pragmático da mediação pré-judicial, ponderou:

O efeito do acordo de mediação, é como sentença. É um dos efeitos jurídicos. Isso pode justificar que o mediador tenha que ter uma visão que garanta a licitude por um lado e que considere a possibilidade de que as pessoas que estão nesse processo tenham a oportunidade de conhecer seus direitos. Mas isso não determina que o mediador seja advogado. Para isso os advogados também participam da mediação. Então, na Província de Buenos Aires a última modificação foi a possibilidade co-mediador com alguém que não é advogado [mediador assistente].

Além disso, tem-se que observar a questão dos honorários, já que tanto o mediador-advogado quanto o profissional assistente deverá receber pelo trabalho. Nossos interlocutores afirmaram:

Eu trabalhei com psicólogos muito tempo.... até que economicamente não dava, financeiramente não dava. Porque era muito pouco, então ainda dividir, não tinha sentido econômico. Mas o trabalho era ótimo... trabalhar conjuntamente em família me parece ser o melhor. Mas não é fácil.

Uma conclusão possível é que houve uma reserva de mercado para que somente os advogados pudessem exercer a função de mediador. E, mesmo com a inclusão dos profissionais assistentes, esta categoria está subordinada ao mediador-advogado. Nossos interlocutores afirmaram que a exclusão dos demais profissionais da mediação foi “um tema de mercado”. O que poderia dar um contorno judicial a essa prática, embora tenha lugar em espaços extrajudiciais.

Outra questão que foi levantada algumas vezes por nossas entrevistadas foi a dificuldade de ser mediador e exercer a advocacia ao mesmo tempo. Algumas afirmaram que é difícil exercer os dois ofícios ao mesmo tempo e por isso, todas elas optaram por exercer apenas a função de mediadora, mas que há profissionais que atuam nas duas áreas. Uma delas disse que:

Eu vou lhes contar a minha experiência, que faz 9 anos. Quando recebi minha matrícula de mediadora decidi não litigar mais. Por um lado porque queria conseguir viver da profissão de mediadora, e para isso teria que estar 100% disponível para mediar. Por outro lado, porque creio que a capacitação, a formação do mediador provoca a pessoa do mediador uma mudança paradigmática que, pelo menos em meu caso, é difícil pensar em litigar comodamente. E então te digo que, bem, não poderia litigar da mesma maneira, contemplando todo o sistema [...] Para mim é muito difícil litigar em um tribunal e depois vir aqui, desde uma visão genuína, convidar as partes a solucionar seus conflitos de outra maneira. Então, essa decisão que eu tomei em alguns momentos, devido a minha necessidade de trabalhar, que este também é um outro elemento importante dos mediadores.

Na mesma linha, mas desde outro lugar, uma advogada militante nos disse:

Eu acho que Você perde o espírito combativo se vira mediadora. Eu não queria perder minha essência de advogada. Por isso, atuo como advogada colaborativa de mediação, mas não deixarei de ser advogada para virar mediadora. Acho que cada um tem sua função.

De todas essas experiências no campo chegamos à conclusão de que a formação dos mediadores em Buenos Aires se dá por meio de cursos de capacitação, para o que se exige o prévio exercício da advocacia. Apenas subsidiariamente há espaço para profissionais de outras áreas, e ainda assim a título de auxílio.

Também verificamos alguma tensão, dentro do campo, entre mediadores advogados e não-advogados, reproduzindo, mas em outros contornos, a tensão observada no Brasil entre mediadores (sobretudo de outras áreas do saber) e advogados.

Tudo evidenciando, como já perceberam outros pesquisadores (MELLO e LUPETTI BAPTISTA, 2011) uma disputa, no campo, em torno desses espaços de mediação e dos postos de trabalho a eles relacionados.

6 O papel dos advogados na mediação portenha: sentidos e representações

A Lei Nacional de Mediação na Argentina determinou que na mediação prejudicial é obrigatória a assistência das partes por advogados. Portanto, em Buenos Aires, na sessão de mediação, devem estar presentes o mediador, os medianos, e os advogados destes últimos.

São, portanto, ao menos cinco pessoas que devem falar, se manifestar e expressar vontades e emoções. Nessa parte do artigo vamos demonstrar, a partir das entrevistas com os mediadores, algumas questões sobre a relação dos advogados com seus clientes e com os mediadores, que surgiram mediante a observação dessas sessões em que o tempo e o espaço de fala são tão disputados.

Nossos interlocutores nos contaram que, quando do surgimento da primeira lei de mediação, havia muita desconfiança sobre todo o sistema de mediação, por ser um novo instrumento de resolução de conflitos, e que toda aquela desconfiança recaía, em última análise, sobre os mediadores e o seu trabalho.

Uma das razões dessa desconfiança, segundo nossos interlocutores, teve como origem a falta de capacitação dos mediadores, que hoje já estaria suprida, conferindo maior legitimidade à mediação. Outro aspecto foi a divulgação desse método, que fez com que se tornasse muito comum e internalizado na cultura portenha. Ao menos segundo as mediadoras que entrevistamos. Segue um dos depoimentos mais significativos nesse sentido:

Quando o sistema de mediação começou, o sistema prejudicial obrigatório, houve uma grande resistência dos advogados. Porque o advogado sabia que o mediador era um advogado como ele, que tinha apenas uma escassa formação, que era o que exigia o Ministério da Justiça. Naquela época, o Ministério da Justiça exigia uma capacitação, mas não fazia exames e tampouco requeria, como requer hoje em dia, que os mediadores façam a capacitação

permanente ou contínua, como se chama. Então, o advogado, que ademais sabia que muitos dos advogados-mediadores eram advogados que “escapavam” o exercício tradicional da profissão, não eram pessoas com a convicção de desenvolver um novo modelo de resolução de conflitos, mas sim, muitos deles eram pessoas que não gostavam do exercício profissional; que achavam que a mediação era um caminho um pouco menos difícil, talvez...coisa que não é...bem, os advogados se sentavam em uma mesa de mediação, com um mediador pouco *expert*, que não sabia transmitir, nem conduzir um processo e isso gerou muita resistência [...] então, nesse quadro, o mediador estava muito exposto, tinha que aprender a conduzir um processo; e, ademais, tinha que dar resposta aos advogados que se sentavam à mesa de mediação já com um litígio. Assim, muitos mediadores foram abandonando o ofício. Paralelamente, o Ministério da Justiça começou a estabelecer mais requisitos na capacitação: se estabeleceu em determinado momento um exame de idoneidade etc...hoje o processo é mais sério e mais legítimo.

Ao contrário disso, tendo por base sua experiência atual, quando já decorridas duas décadas desde a primeira lei de mediação obrigatória, as mediadoras que ouvimos no campo afirmaram que a participação dos advogados na sessão de mediação, na maior parte das vezes, é benéfica para todos. E afirmaram isso, de forma recorrente, pelo fato de que o advogado da parte – e somente ele – poder orientar seu cliente sobre o melhor acordo, sendo certo que a orientação é vista como a orientação judicial sobre os termos do acordo, a instrução jurídica, que confere segurança e, não raro, as condições para que o acordo seja celebrado.

Isto porque os mediadores não podem orientar as partes sobre a realização do acordo. Uma Mediadora nos contou:

MEDIADORA: Hoje eu acho que seria muito difícil mediar sem advogados.

ENTREVISTADORAS: Por quê?

MEDIADORA: Porque em determinadas questões [...] é que hoje temos muitos advogados formados em negociação. Nós formamos na Faculdade...não são mediadores. Os meninos não se formam como mediadores. Mas nós os formamos como advogados que acompanham a sessão de mediação. Como advogados que têm que saber como preparar o seu cliente para negociar melhor. Então, esses advogados que vêm à mediação, são os que eu preciso, porque em nosso modelo de mediação, nós não podemos dizer o Direito, não podemos dizer a lei. Por isso, eu preciso fazer um trabalho com os advogados que acompanham as partes, para que ajudem a instruir seu cliente sobre quais são as opções, quais são as alternativas. O advogado tem o saber jurídico para instruir seu cliente. Então, eu necessito desse advogado colaborador na mesa de mediação. Eu não posso assessorar a parte, o outro. Obviamente, não posso assessorá-lo desempenhando a função de mediadora. Então, eu necessito de advogados que sejam formados em negociação, pelo menos. Que eles conheçam qual o papel que têm...de ajudar na mediação...de instruir...

É certo que entrevistamos muitas mediadoras e que, obviamente, os seus discursos estão perpassados por uma lógica de militância e de idealização, o que ficou bastante perceptível em vários momentos. Mas, ainda assim, uma advogada militante nos disse que é uma entusiasta da mediação, porque o sistema está “colapsado” e, segundo ela, a mediação é um caminho eficaz e mais rápido, alternativo à via judiciária convencional.

Segundo ela, é possível identificar advogados pouco preparados para atuar com a lógica de mediação, que exige uma postura menos combativa, mas a maioria dos colegas atua em uma proposta mais cooperativa.

De fato, assistimos a uma sessão de mediação pública, certa vez, que discutia uma ação indenizatória contra uma seguradora em que a advogada da seguradora era bastante combativa, questionadora e apegada a aspectos processuais formais. O acordo não se realizou e, ao final, puxamos assunto com a mediadora, acerca de suas impressões pessoais sobre a audiência, e ela disse: “viu que diferença da audiência anterior? A diferença é a postura do advogado. Faz toda diferença isso. Esta advogada era muito de ‘litígio’. Aqui, não funciona assim...”.

Do mesmo modo, entrevistamos mediadora privadas que disseram que nos espaços que se faz mediação pública, especialmente na Universidade de Buenos Aires, os próprios mediadores têm uma postura mais de “litígio”. São mediadores, mas têm um espírito mais de advogados e, portanto, também a mediação fica diferente, dependendo da formação do mediador.

Percebemos que existia uma espécie de hierarquização entre mediadores “puros”, que só fazem mediação, e outros, “impuros”, que se dividem entre advogados e mediadores. Essa dicotomia apareceu, por exemplo, na seguinte fala: “Os advogados que temem a mediação devem ser incluídos. O que eu trato de fazer é trazer os advogados ao processo, de incluí-los; e que eles estejam trabalhando para que isto funcione. Se não os incluímos, nós perdemos”.

A ideia de “aliança” para que o projeto da mediação dê certo apareceu com recorrência no campo portenho, algo pouco perceptível no Rio de Janeiro, onde os advogados foram vistos, por muitos, como obstáculo à mediação.

Outra questão que apareceu nas falas dos mediadores é que os advogados podem e devem cobrar para acompanhar os clientes à sessão de mediação. Então, não há uma “perda” financeira tão grande e, por conseguinte, uma resistência tão acentuada:

Penso que os advogados entenderam que eles não perdem, que eles podem cobrar igual. Podem cobrar honorários. Que podem cobrar antes, que não precisam esperar longos processos. Os processos aqui são longos...é melhor cobrar menos, mas cobrar naquele momento...o cliente fica mais contente... e traz melhores clientes, novos clientes. Ou seja, o trabalho também deve ser feito junto aos advogados para que eles possam entender que para eles é bom e que convençam a seus clientes.

Outra Mediadora nos contou:

De alguma maneira, podemos fazer os advogados serem promotores da mediação, se eles se sentem cómodos, sentem que isso pode funcionar, vamos fazer com que eles incentivem a mediação, porque a mediação é voluntária. Ou seja, se nós mostramos aos advogados que cobrem os honorários, que seus clientes vão ficar mais felizes, que gasta muito menos energia do que o Tribunal, etc, isto pode ser bom para trazer os advogados para a mediação. Trazer no sentido de que todos podem ganhar. Porque os advogados também tem seus interesses, eles têm que cobrar, não? Eles têm que ter mais clientes... eu creio que nesse sentido é importante

incluí-los...e creio que a mesa onde se faz a mediação tem que estar os advogados...as partes têm que estar bem representadas e têm que sentir que não vai haver um processo judicial e nem conflito entre mediador e advogado.

Por fim, outro aspecto que apareceu nas entrevistas foi a relação do advogado com a parte e a necessidade de se desenvolver um aprendizado para “sair do lugar de poder” e passar a palavra à parte. Assim como aqui, lá, em Buenos Aires, as mediadoras narraram, e nós também observamos, sessões de mediação que não fluíam porque o advogado atuava na mediação como se estivesse em juízo e demonstrava muita dificuldade em se deslocar do seu lugar de fala.

Uma mediadora nos informou que:

As partes é que são protagonistas, digamos, são partes interessadas, etc. É verdade que muito advogados também tomam a palavra. Então, é função do mediador perguntar e aí trazer a parte, sem deslegitimar o advogado, que o advogado se sinta cômodo. Mas o mediador, muitas vezes o que pode fazer é perguntar às partes diretamente, pois elas são mais pontuais e começam a falar.

Essas, portanto, são as questões que mais se destacaram nas falas de nossos interlocutores (mediadores) sobre os papéis dos advogados na mediação em Buenos Aires. Elas nos permitem, por contraste, perceber, principalmente, que a prática de mediação portenha tem levado a que os atores busquem construir uma relação menos conflituosa entre si, circunstância que ainda parece um pouco distante no Rio de Janeiro, onde as tensões entre os diferentes papéis apresentam-se de forma mais evidente.

7 Conclusão: os aportes oriundos da experiência contrastiva

No Brasil, a utilização da mediação como meio de resolução de conflitos vem ganhando defensores há muito tempo. Tal instituto passou a ser mais incentivado e utilizado quando da publicação da Resolução nº 125/2010 do CNJ. A partir de então, os Tribunais deram ênfase à mediação, realizando cursos de formação de mediadores e criando Centros de Mediação.

Em 2015, a mediação ganhou importantes incentivos legislativos, com a aprovação do novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação. Todavia, parece-nos que não basta a publicação e novas leis sobre o tema, sendo necessárias também, mudanças efetivas na prática da mediação no Brasil.

A implementação de uma verdadeira cultura de mediação, que envolva todos os atores do processo tradicional de administração de conflitos, exige, ainda, muita discussão. E, sobretudo, vivência.

O contraste entre os espaços diferenciados de mediação permitiu identificar principalmente que, em Buenos Aires, a presença do advogado é vista como algo positivo para a implementação e legitimidade da mediação.

O contato com nossos interlocutores revelou certa tensão entre os mediadores advogados e os não advogados, envolvendo, até mesmo, a questão dos honorários profissionais. Contudo, o tempo de experiência dos portenhos no emprego da mediação parece ter propiciado certas acomodações. A ponto dos advogados serem retratados, nas falas de muitas mediadoras entrevistadas, como “aliados” na efetivação dessa forma de gestão de conflitos – quando não protagonizando papel de destaque, como mediadores.

No Rio de Janeiro, ao contrário, o advogado foi muitas vezes enxergado, por nossos interlocutores no campo, como uma “ameaça” à cultura da mediação, cuja presença haveria de ser evitada a todo custo, e apenas tolerada quando necessária a sua anuência no momento de formalizar eventual acordo. É bem provável que tais posturas poderão dificultar a forma como os atores se articulam e transitam nesse campo.

A postura dos advogados e dos mediadores precisa ser observada, pensada e debatida, uma vez que, de uma hora para a outra, pretende-se uma brusca modificação de atuação que não parece ser possível mediante a simples promulgação de uma lei.

No cenário percebido no campo, mesmo com essas inovações legislativas, não se vislumbra um caminho de sucesso para a Mediação no Brasil, a não ser que os atores principais – juízes, partes e advogados – incentivem sua utilização. Isto é, deve haver um incentivo prático para a utilização da mediação, e que esta possa ser recebida com alguma boa vontade pelos demais usuários do sistema de justiça.

Referências

ARGENTINA. **Ley nº 26.589 de 2010 - Establécese con carácter obligatorio la mediación previa a procesos judiciales.** Disponível em: <<http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/166999/norma.htm>>. Acesso em 02 mar. 2015.

BRAGA NETO, Adolfo. **Mediação de Conflitos: Conceito e Técnicas.** In: LORENCINI, Marco Antônio Garcia Lopes; SALLES, Carlos Alberto de; SILVA, Paulo Eduardo Alves da (Coord.). *Negociação, Mediação e Arbitragem: Curso básico para programas de graduação em Direito.* Rio de Janeiro: Forense, 2012. pp. 103-125.

BRASIL. **Lei nº 13.105/2015 – Institui o Código de Processo Civil.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm>. Acesso em 18 mar. 2015.

BRASIL. **Lei nº 13.140/2015 – Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em 25 jul. 2015.

CARAM, Maria Elena; EILBAUM, Diana Teresa; RISOLÍA, Matilde. **Mediación – Diseño de una Práctica.** Buenos Aires: Librería Histórica, 2006.

CARNELUTTI, Francesco. **Sistema de Direito Processual Civil.** Vol. I. Tradução Hiltomar Martins Oliveira. 1 ed. São Paulo: Classic Book, 2000.

- FILPO, Klever Paulo Leal. **Dilemas da Mediação de Conflitos no Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro**. 2014. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Gama Filho, Rio de Janeiro.
- MARQUES, Giselle Picorelli Yacoub. **O Judiciário transforma isto numa sentença: as abordagens dos conflitos familiares e as práticas autocompositivas nas regiões de Santarém e Oriximiná**. 2016. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- MELLO, Kátia Sento Sé; LUPETTI BAPTISTA, Bárbara Gomes. **Mediação e conciliação no judiciário: dilemas e significados**. *Dilemas: Revista de Estudos de Conflito e Controle Social*, 2011, v. 4, pp. 97-122.
- NUNES, Valter Eduardo Bonanni. **Jurisdição e Consenso: um estudo interdisciplinar de base empírica sobre Política Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos no âmbito do Poder Judiciário**. 2015. Dissertação (Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- RANGEL, Victor Cesar Torres de Mello. **“Nem tudo é Mediável”. A Invisibilidade dos Conflitos Religiosos e as Formas de Administração de Conflitos (Mediação e Conciliação) no Rio de Janeiro**. Dissertação de Mestrado defendida no Programa de Pós-graduação em Antropologia da Universidade Federal Fluminense. Niterói. 2013.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DEJANEIRO. **Atos Normativos atinentes à Mediação de Conflitos**. Disponível em <www.tj.rj.jus.br>. Acesso em 10 ago. 2014.
- VERAS, Cristiana Vianna. **Um estranho na orquestra, um ruído na música: a apropriação da mediação pelo Poder Judiciário a partir de uma experiência no CEJUSC do TJRJ**. 2015. Tese (Doutorado). Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense, Niterói.
- WARAT, Luis Alberto. **Surfando na pororoca: o ofício do mediador**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

O PORVIR MEDIÁTICO E A RELEVÂNCIA DA ADVOCACIA PARA O SEU TRIUNFO

Caio Medeiros Marins¹

Raquel Ribeiro de Rezende²

Renata de Britto Barboza Camargo³

RESUMO: O cenário da mediação se apresenta como um meio adequado integrativo e não adversarial de resolução de conflitos, em que as partes tomam parte, voluntariamente, na presença de um terceiro que foca no alcance da vitória recíproca do instituto. Nesse contexto, entra em cena o papel dos atores sociais no processo midiático. A título de exemplificação, seria razoável um advogado tentar usar a mediação como um palco para expor os fatos e as consequências jurídicas de uma futura demanda judicial, assim como para oferecer propostas e contrapropostas, no habitual jogo da negociação a que tanto adaptado? É algo imprescindível a ser estudado visto que, recentemente, o Novo Código de Processo Civil e a Lei da Mediação foram aprovados e passaram a vigorar em meio a tantos questionamentos e anseios.

Palavras-chave: mediação. Conflitos. Advogado. Negociação. Questionamentos.

ABSTRACT: The scenario of mediation is presented as a suitable means integrative and non-adversarial dispute resolution, where the parties to take part voluntarily in the presence of a third party that focuses on achieving mutual victory of the institute. In this context comes into play the role of social actors in the media process. By way of example, it would be reasonable for a lawyer to try to use mediation as a stage to expose the facts and the legal consequences of a future lawsuit , as well as to offer proposals and counterproposals , the usual trading game that both adapted ? It is something essential to be studied since recently the New Civil Procedure Code and the Mediation Act were approved and became effective among many questions and concerns.

Keywords: Mediation. Conflict. Lawyer. Negotiation. Inquiries.

1 Introdução

O trabalho buscará analisar, primeiramente, a história sociológica do conflito, situação latente na vida cotidiana, de uma forma ou de outra, ao tentar mostrar como o seu lado positivo e negativo são desenvolvidos e necessários para se entender a mediação.

¹ PPGSD/UFF.

² PPGSD/UFF.

³ PPGSD/UFF.

Essa, inclusive, traz outro desafio: a explicação de sua estrutura por uma teoria do direito capaz de apanhar os detalhes e, com coerência, destrinchar seu arcabouço. As teorias clássicas do direito já não se mostram suficientes para essa tarefa. O modo pelo qual o direito surge, suas fontes, validade e legitimidade não mais correspondem à forma clássica. O novo paradigma jurídico surgido com a mediação é abordado por alguns autores da teoria do direito pós-moderno e reflexivo, respectivamente Ost e Teubner.

Não há como se pensar em novas formas de resolução de conflito sem preparar o mundo jurídico (leia-se, todos os atores que o compõe), a sociedade, para passar a perceber o conflito na sua essência, ou seja, enxergando a raiz do problema a fim de que este seja o foco da solução, evitando, portanto novos conflitos e não apenas dando fim a cada um deles.

2 Um panorama sobre o conflito

Diante dos acontecimentos que permeiam a sociedade, é sabido que a paz é tratada como um escopo muito atual e latente. Entretanto, será que o volume e a intensificação dos conflitos são frutos exclusivos do agora?

Levando em consideração Hobbes, a sua teoria se estabeleceu nos homens, possuindo capacidades iguais quanto ao corpo e ao espírito, e a competição, a desconfiança, a busca incessante de glória e poder, os arrastariam, constantemente, ao conflito, marcado pela “guerra de todos os homens contra todos os homens”.

Maria Isabel Limongi assevera que o essencial na idéia do homem como lobo do homem é a idéia de que o conflito está na base das relações políticas, não pensando que Hobbes tenha querido indicar com essa expressão que o homem é essencialmente agressivo. Nem que o comportamento agressivo do indivíduo contemporâneo, se é que o indivíduo contemporâneo é mesmo agressivo, ou pelo menos mais agressivo do que os indivíduos do passado, deva ser refletido a partir do postulado de uma natureza humana essencialmente agressiva. Pois ganharíamos pouco para compreendê-lo a partir daí, e bem mais investigando as causas especificamente contemporâneas que conduziriam a esse suposto comportamento. (2008)⁴

Ainda, de forma delicada e objetiva, elucida:

O que talvez se pudesse fazer, com algum proveito, é pensar a eventual agressividade contemporânea como o resultado de uma incapacidade das instituições na mediação dos conflitos, de modo que eles terminem por se manifestar de maneira bruta e desregulada. Mas novamente aqui seria preciso pensar com vagar em que medida as instituições seriam mais

⁴ JUNGES, Marcia. “O conflito é o motor da vida política”. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2211&secao=276>. Acesso em: 22 jun., 2016.

incapazes hoje do que na Inglaterra de Hobbes ou na Itália de Maquiavel. Como eu disse, acredito que esses autores apontam no sentido de pensar que essas dificuldades (e, portanto, a agressividade dos indivíduos na medida em que procedesse delas) são inerentes à vida política. (2008)⁵

De forma breve, o conflito, já nas concepções de Marx, corresponde a um elemento negativo, anormal ou patológico, visto que a estruturação conflituosa da sociedade humana derivara das alterações nas relações econômicas que geraram a propriedade privada e as classes antagônicas.

O conflito é, portanto, uma anormalidade histórica ocasionada pela propriedade privada e as classes antagônicas, caracterizando uma fase intermediária da história humana a ser superada pelo comunismo, levando o homem ao “humanismo acabado = naturalismo”, como objetivação das sobrevivências arquetípicas do igualitarismo das sociedades primitivas. (SILVA, 2011)

Igualmente, na mesma esteira de visão negativa do conflito, Durkheim normatiza a coesão. Como assim? Baseia-se na coesão social, entendendo o conflito como anormalidade à medida que se rompe essa coesão fundamentada na solidariedade mecânica das sociedades simples ou primitivas, em direção à divisão do trabalho.

Diverso é o caso da solidariedade originada da divisão do trabalho ou orgânica onde cada indivíduo tem “uma esfera de ação própria, por conseguinte, uma personalidade. (...) De fato, de um lado cada um depende tanto mais estreitamente da sociedade quanto mais for dividido o trabalho nela e, de outro, a atividade de cada um é tanto mais pessoal quanto mais for especializada”. (SILVA, 2011)

É importante não olvidar a intencionalidade como influência na ação social, nas relações e formas de interação dos agentes, presente em Weber. O sociólogo não enfrenta o conflito como fruto de um estado anormal ou fase histórica negativa, contudo como uma ação habitual e histórica resultante da concorrência por bens escassos, abrangidos na sua pluralidade.

Mas é com Simmel que ocorre uma teorização mais complexa do conflito. Em que sentido?

Tal qual Weber, sua visão interacionista está voltada para as ações e sentidos socialmente construídos pelos indivíduos, grupos, nações, estados... Considera que o conflito compõe-se de elementos positivos e negativos inseparáveis. Unidade e divergência são duas faces do ser individual e coletivo. Exemplifica-se isso na formação da personalidade individual o quantum de elementos harmônicos e antagônicos, como traumas, medos, depressões, resultantes das pressões éticas, religiosas, etc. (SILVA, 2011)

Simmel aponta uma das virtudes do conflito. Este atributo positivo residiria no fato de que ele, - o conflito - cria um patamar, um tablado social, à semelhança de um palco teatral, espaço onde as partes

⁵ *Idem.*

podem encontrar-se em um mesmo plano situacional e, desta maneira, impõe-se um nivelamento. Uma condição necessária para que as partes, às vezes, ásperas e díspares possam, de fato, efetuar a trama que ele encerra. É um ato estipulador que, em outros instantes, permitirá a própria superação das dissimilaridades dos litigantes. O conflito possui a capacidade de constituir-se num espaço social, em que o próprio confronto é um ato de reconhecimento e, ao mesmo tempo, produtor de um metamorfismo entre as interações e as relações sociais daí resultantes. Uma outra característica positiva atribuída, residiria no fato de superar os hiatos e os limites socialmente estabelecidos pelos intervalos dicotomizados, ou mesmo, as desigualdades sociais produzidas e estruturadas pelos resultados dos entrelaçamentos ocorridos na sociedade. Para Simmel, o conflito é a substância existente nas mais diversas relações entre os indivíduos na sociedade. (JUNIOR, 2005)

Nesse ínterim, a análise do conflito é de vital importância para o objeto do presente artigo, visto que, por meio dela, podem-se sistematizar a origem dos embates nas relações sociais que desembocam, muitas vezes, em frustrações, rancores e tristezas do profundo íntimo.

Tais adversidades estão e continuarão latentes na vida cotidiana, de uma forma ou de outra. A questão é: os diversos atores sociais envolvidos poderão, de fato, contribuir positiva ou negativamente para o tratamento de litígios, quando lhes for apresentada a tão esperada mediação (e agora, existente no universo legal).

3 A Teoria do direito e a mediação

A mediação muda a forma como o direito é criado e, conseqüentemente, compreendido. Para explicar esse novo modelo, as teorias do direito dos séculos passados já não são mais suficientes, porém, atualmente, alguns teóricos formularam uma base de pensamento capaz de explicar esse novo paradigma. Nessa parte do estudo, utilizaremos o livro de Leonel Alvim⁶, em que aborda, na primeira parte dessa pesquisa, as teorias, que aqui utilizaremos, de François Ost (direito pós-moderno), Gunther Teubner (direito reflexivo). Antes de tudo, cabe esclarecer, sendo fidedigno às ideias do autor, que embora as formulações desses autores possam não estar totalmente classificadas como procedurais discursivas, busca-se o foco dessas teorias na abordagem prodecedural.

O autor entende por teoria prodecedural-discurso aquelas que compreendem o direito como *locus* de criação de procedimentos que enquandram o poder na medida em que este *locus* é também um processo que produz estruturas discursivas que possibilitam um fluxo de comunicação que veicula argumentos racionais buscando uma legitimação em espaços discursivos. (ALVIM, 2007, p.19)

⁶ ALVIM, J.L.R, O paradigma procedural do direito: traduções da teoria para o direito do trabalho e jurisprudência trabalhista, São Paulo, LTr,2006.

O estudo de Leonel, nessa primeira parte de seu livro, examina as formas procedurais discursivas que compreendem o direito de maneira inovadora, para além da dicotomia entre jusnaturalismo e positivismo.

François Ost apresenta três personificações de juízes que corresponderiam a diferentes modelos do direito.

O primeiro seria o juiz Júpiter, cuja figura equivale ao Estado liberal, construído sobre uma estrutura normativa formal e hierarquizada, compilada em códigos e em formato piramidal, que tem na lei os parâmetros de sua decisão. A norma aqui funciona como garantidora da previsibilidade das condutas humanas, estabelecendo de certa maneira o futuro, dado que as ações possíveis a serem tomadas pelos indivíduos são aquelas lícitas, e, portanto, previstas em lei. Com isso, reduz-se a insegurança de possíveis condutas futuras, restringindo-as àquelas lícitas. Dentro desse formato, foi possível promover os negócios que movimentam o comércio, como contratos, seguros etc. Daí sua importância para o Estado Liberal. A referência a Júpiter, o deus dos deuses, é que a fonte do direito é uma só e a partir dela é que se espraia para todo o sistema jurídico, de modo linear e controlado. Por isso, pode-se afirmar que o positivismo está dentro desse conjunto.

O segundo modelo de direito é o do Juiz Hércules, que condiz ao direito produzido pela Estado-providência. O foco do direito é, nesse modelo, deslocado da lei para o juiz, em razão a prevalência da jurisprudência (o que o autor chama atenção é o fato de que isso não significa dizer que é apenas o juiz o locus do direito, mas que a atividade preponderante é dele, não obstante a existência de leis. Isso porque se está trabalhando com a metodologia weberiana de tipos ideais), pois as decisões são agora tomadas com base no fato. A forma piramidal se inverte, transformando-se em um funil.

[...] o direito do modelo Hércules, como sustenta Ost, "... nos traz de volta à terra, toma a figura da revolução – gesto iconoclasta que faz do homem, do juiz mais precisamente, a fonte do único direito válido. Afirma-se, no meio de diversas correntes que se reivindicam como sendo do realismo – pensamos sobretudo no <<realismo americano>> e, particularmente na *sociological jurisprudence* -, um modelo que eu qualificaria como de funil (pirâmide invertida) ou de dossier. É Ronald Dworkin, sabemos, que, valorizando ao extremo a figura do juiz moderno, deu-lhe os traços de Hércules. Sem poder, longe disso, levar a posição de Dworkin àquela dos realistas americanos, reteremos aqui a denominação de Hércules, particularmente bem-vinda para designar este juiz meio-deus que se obriga a árduas tarefas de justiceiro e acaba por carregar o mundo nos seus rígidos braços, reproduzindo assim fielmente a imagem do funil. A partir de então o direito torna-se jurisprudencial, é a decisão e não a lei que faz autoridade. Ao código, substitui-se o *dossier*, a singularidade e o concreto do caso tomam o lugar da generalidade e abstração da lei. Esta reviravolta do olhar leva o cume da transcendência da lei para a imanência de nossos interesses em competição. A pirâmide sugeria o sagrado e o ideal, o funil

invoca a matéria, o profano, mesmo o alimento. À espada de um justiça inspirada pelo comando jupiteriano se substitui a balança de nossas computações e compensações cotidianas. (ALVIM, 2006, p.28).

Essa nova formulação possui impactos sociais relevantes, como a diminuição da previsibilidade, o foco de onde o direito provém não é mais de apenas um ponto, mas de vários.

O último modelo tem como analogia a figura de Hermes, o deus grego mensageiro. Sua representação já demonstra a mudança proposta por esse novo paradigma. Se Júpiter se arvorava na imposição da lei de cima para baixo, representado na verticalidade, e Hércules na força humana que extrai de cada caso o direito, Hermes pretende estabelecer a comunicação entre os atores sociais para que eles mesmos possam criar o direito. Horizontaliza a distribuição do poder e daí o formato que descreve essa proceduralização do direito é o de rede, em que em cada ponto de sua extremidade há um foco de poder e por seus canais de comunicação é que há a interrelação.

A lei tem o papel de garantir os meios pelos quais a comunicação entre os atores é possível e, assim, nessa rede de comunicação interativa são eles capazes de erigir um direito próprio através do impositivo legal que assegura o trâmite e a permuta das ideias. Esse processo demonstra claramente a ausência de uma previsibilidade das condutas que busca compensação na adaptabilidade e reversibilidade do direito. A legitimidade muda de eixo, se fixando na própria característica procedural, isto é, estruturas procedimentais argumentativas que permitam o fluxo de comunicação de maneira interativa.

(...) deixando de ser objetivo fixo para tornar-se processo em construção (sempre sujeito a mudanças) voltado para diretrizes gerais, o direito torna-se cada vez mais regulatório e menos regulamentário, ou seja, torna-se mais procedural: ' trata-se menos de impor um modelo *a priori* (reduzido a alguns traços pertinente, mas estáveis), que de adotar um programa de ação, definido por certos objetivos gerais, a uma conjuntura plural e em movimento. A legislação se faz programática, de maneira que não é nela mesma que ela encontra sua coerência e seu bom fundamento, mas bem na realização gradual de objetivos que ela se fixa. Mas, na verdade, a plasticidade é tal que não medimos mas, em breve, se é a realidade que modifica a pressão da lei ou se, contrariamente, é a lei que se modula co contato da resistência dos fatos. (ALVIM, 2006, p. 35)

Em Gunther Teubner vamos encontrar, para explicar o direito contemporâneo, a teoria do direito reflexivo. Entretanto, antes de formular considerações sobre esse direito atual, ele elabora um percurso histórico como Ost o faz, de modo que a explicar a racionalidade do direito em três tipos, quais sejam: formal, material e reflexivo.

Para cada tipo de racionalidade desdobram-se, em sua exposição, três outros tipos de dimensões:

[...] racionalidade interna (modos de sistematização interna dos elementos jurídicos), racionalidade normativa (modos de justificar uma pretensão de validade) e racionalidade sistêmica (modos de estabilização da sociedade. Portanto, cada tipo de racionalidade comporta dimensões interna, normativas e sistêmicas diferenciadas. (ALVIM apud TEUBNER, 2007, p.43)

Entretanto, Leonel esclarece que, ainda que haja diferenças nesses modelos, há grande semelhança com a teoria de Ost, de modo que se pode “sobrepôr os tipos de racionalidade formal e material (Teubner) aos modelos de direito Júpiter e Hérculos (Ost)” (ALVIM, 2007, p. 40). Por essa razão, desconsiderando as diferenças entre os modelos de direito que não refletem o contemporâneo, utilizaremos apenas o da racionalidade reflexiva, já que é esse que pretende construir um pensamento capaz de explicar o objeto do presente artigo, a mediação.

Na racionalidade reflexiva, o direito é entendido também como procedural, análogo ao Hermes de Ost, e se subdivide em três racionalidades:

A <<racionalidade interna>> do direito reflexivo ultrapassa a alternativa de programas condicionais e programas de finalidade. Ela não se baseia nem sobre um sistema de normas e conceitos jurídicos definidos, nem sobre a lógica do fim-meio dos programas jurídicos materiais. O direito reflexivo tende muito mais aos programas procedurais mais abstratos, que se voltam para um metanível de regulação de processos e estruturas de organização bem como para a divisão e redefinição de direitos de controle e competências de decisão. Este novo <<proceduralismo>> pode ser bem observado em diferentes áreas jurídicas como o desenvolvimento de um alternativa à racionalidade formal e à racionalidade material... no direito contratual, *Eike Schmidt* fala de uma nova << autonomia social>>, que deveria ultrapassar as deficiências da autonomia privada clássica não pela materialização, mas pela proceduralização...já admite-se que a orientação procedural dá preferência aos meios mais indiretos e abstratos de controle social: mecanismos reflexivos, que não definem o conteúdo da decisão, mas que contentam-se em fixar as premissas organizacionais e procedurais. (ALVIM apud TEUBNER, 2007, p.45).

A nova proposta se volta, pois, para a criação de meios em que as próprias partes empoderem-se e sejam capazes de criar o direito e, logo, solucionar conflitos.

A racionalidade normativa se funda também nos mecanismos procedurais que sejam aptos corrigir as discrepâncias do sistema. “Ele promove ativamente sistemas sociais autorreguladores que aprendem e tentam, ao mesmo tempo, reduzir suas deficiências por correções compensatórias” (ALVIM apud TEUBNER, 2007, p.46)

Com relação à racionalidade sistêmica, que corresponde a modos de estabilização da sociedade, a teoria reflexiva se funda na integração social pelo próprio procedimento, uma vez que direito se reconhece incapaz de “assumir sozinho a completa e total responsabilidade da produção de resultados sociais concretos sem a incorporação dos próprios atores nesta produção” (ALVIM, 2007, p.47).

Nesses novos pilares da teoria do direito, a mediação encontra fundamento maior do que nas clássicas. O relativo afastamento do Estado, o anseio de que as partes possam chegar à solução e estruturas que permitem o fluxo de ideias evidenciam a nova tendência de distribuição de poder e solução de conflito. Talvez Hermes seja mais eficiente que seu próprio pai, Júpiter e a reflexão em torno do que nos leva aos conflitos possa encontrar maior grau de pacificação social.

4 Os anseios do futuro mediático

O instituto da mediação conseguiu, enfim, a publicação do seu marco legal em 29 de junho e vigência a partir de 29 de dezembro, após a incorporação de partes dos três projetos que tramitaram no Senado Federal.

A mediação se propõe a tratar conflitos de outra forma (alternativa à judicial) em que a sociedade foi ensinada a encarar, a partir de regras procedimentais mais artesanais e com uma visão bem peculiar (restaurativa).⁷ Porém, apresenta algumas divisões (judicial, extrajudicial, prévia, pública, on-line, etc.) que, se por um lado auxiliam o tratamento diferenciado de cada litígio, por outro, podem acarretar em certas confusões e indagações (naturais quando se trata de um instituto recente no país) quanto à confiança na mediação.

Dentre os atores sociais envolvidos, as atenções costumam ser direcionadas ao mediador, figura imprescindível para uma boa condução de todo o procedimento, inclusive na pré-mediação.⁸ Os partícipes dos conflitos carecem de orientação, incentivo e conscientização para se encaixarem como pensadores e reais atuantes em prol da mediação.

E o auxiliador desta empreitada é o mediador devidamente treinado, cuja missão não é decidir, porém colaborar para que as partes demonstrem clareza e sinceridade. Deve alertá-las, também, dos possíveis entraves ao acordo – sem interferir na liberdade de escolha de cada um -, na tentativa de removê-los de forma consciente, desenvolvendo a verdadeira manifestação de suas vontades e a intenção de compor o litígio como alternativo ao embate.

Além do mediador, como exposto acima, as partes devem estar suficientemente esclarecidas quanto às suas dúvidas em relação ao procedimento e conscientes de que um eventual acordo somente ocorrerá com base na livre escolha – princípio da voluntariedade - galgada na construção do consenso.

⁷ Por dedicar-se ao restauro da relação social e à desconstrução do conflito – que lhe conferem caráter preventivo de amplo alcance social -, a Mediação vem sendo considerada o método de eleição para desacordos entre pessoas cuja relação vai perdurar no tempo – seja por vínculos de parentesco, família, trabalho, vizinhança ou parceria. (ALMEIDA)

⁸ Na pré-mediação, um mediador ouve os envolvidos sobre o motivo que os traz à Mediação, a fim de identificar se a escolha do instrumento é pertinente e eleger um mediador que guarde independência com as partes e com o tema. Nesta etapa, é feito o convite para um trabalho que visa atender interesses e necessidades de ambas as partes e para uma conseqüente postura de diálogo – não de debate, e de colaboração – não de competição. Inicia a Mediação somente as partes que se identifiquem com disponibilidade para essa mudança paradigmática. (ALMEIDA)

A mediação foi pensada de modo a devolver às partes o protagonismo sobre suas vidas no que concerne à solução de suas contendas. Distancia-se do modelo paternalista que fomenta a idéia de que um terceiro, com maior conhecimento ou poder, encarregar-se-á de solucionar desavenças entre aqueles que não conseguirem fazê-lo por conta própria e procura restaurar a capacidade de autoria. (ALMEIDA)

E o advogado? Como pode participar? O advogado pode atuar como mediador se possuir capacitação técnica para tanto, ou como assessor jurídico de um dos participantes. Quando assessor jurídico, sua função será a mesma de qualquer outro método de resolução de conflitos, qual seja, a busca pela concretização dos interesses do seu cliente. Todavia, diversamente do que acontece no processo adversarial, sua postura deve ser o mais colaborativa possível.

Em outras palavras, é crucial que haja, por parte do advogado, a construção de uma nova postura e um perfil diferenciado comparado ao que é desenvolvido ao longo da sua formação jurídica, de forma a somar ao longo do processo midiático.

Na vigência de processos judiciais, (...) precisa ter a colaboração dos mediados e de seus advogados que, na universalidade dos casos, são procurados para *defender os direitos de seus clientes*. É preciso que mediados e advogados redefinam a demanda e a oferta de uma posição de guia na *defesa contra alguém que pode me prejudicar* para uma posição de *assessoria e suporte legal para o que está sendo negociado em colaboração com a outra parte*. É tão necessária uma retroalimentação positiva entre cliente e advogado para a obtenção e a manutenção de uma postura de defesa, como para a obtenção e a manutenção de uma postura de assessoria e suporte legal, segundo demanda a mediação. Clientes não conseguirão abandonar a postura de *defesa contra o inimigo* se não tiverem a permissão de seus advogados e vice-versa. Da mesma forma, não conseguirão se distanciar da posição passiva de serem defendidos para ingressar na posição ativa de serem autores, se ambos não autorizarem essa mudança. (ALMEIDA, NETO)

Nessa esteira, propõe-se a reflexão que se segue.

5 O Advogado como ator social na responsabilidade de estimular a mediação

Traçando a ideia acima iniciada, sobre o papel do advogado nesta nova seara, necessário que se abra um breve parêntese sobre o Judiciário na atualidade.

Temos o cenário de um sistema judiciário abarrotado, em que a celeridade processual não passa de uma expressão de pouco efeito, em que o cumprimento de metas se dá sem qualquer preocupação com a qualidade, incluído neste aspecto as recorrentes campanhas conciliatórias.

Desde quando o Judiciário iniciou a campanha das semanas de conciliação, já se percebia a preocupação com a necessidade de reduções de litígios, operando-se estratégias de marketing para convencimento das partes em encerrar o conflito por meio de acordos.

O discurso apelativo alcançou discípulos de todos os órgãos do Poder Judiciário, sem limites ou ponderações quanto a direitos disponíveis ou indisponíveis, sem conscientização dos atores principais desse processo, levando a coações, pré-julgamentos, interferências no desejo real das partes, tudo em benefício da diminuição de litígios (um problema para o Judiciário). E as partes? Tal campanha, preenchida de clichês emotivos e apelativos, teria o condão de conciliação, no exato significado da palavra? Preocupou-se o judiciário em identificar o desejo real das partes abrirem mão de direitos com esteio na satisfação e benefício destas? Ou preocupavam-se, em verdade, com as estatísticas?

Ressalvado o exercício do *ius postulandi*, todas as postulações intermediadas por seus respectivos patronos, sobretudo na esfera privada, deveriam trazer a presunção de esgotamento conciliatório antes mesmo da submissão da demanda ao Estado.

Afinal, o que se espera do profissional da advocacia, aquele que é conhecedor das leis, que deve primar pelo bem-estar coletivo, que deve contribuir para a administração da justiça e para a pacificação social, é, no mínimo que tenha incentivado e esclarecido ao seu cliente a possibilidade de resolução conciliatória e, principalmente, contribuído que ele não seja ator de futuros conflitos.

Com esta assertiva, repetimos o mesmo questionamento antes feito sobre o Judiciário. Preocupam-se os advogados em atuar de forma a prevenir litígios? Ou acreditam que essa é uma função contrária aos seus interesses? E, após o litígio judicial estabelecido, preocupam-se em identificar o desejo real de seu cliente em abrir mão de direitos com esteio na satisfação e benefício deste? Ou não enxergam o indivíduo, mas apenas a ideia de finalização de mais um processo, garantindo os honorários?

Ao que parece, tais questionamentos nos levam a inevitável conclusão de que cada dia menos o Judiciário (e aí, incluímos todos os atores que o movimentam, assim sendo, o advogado mesmo da esfera privada) colabora para a resolução de conflitos, quiçá para a sua diminuição, na medida em que eles são apenas descartados para dar lugar a outro. Não se percebe o conflito na sua essência, não havendo um olhar global para o conflito e, em consequência, sem cortes pela “raiz”.

O profissional da advocacia, em regra, é aquele que, estando no patrocínio dos interesses de seu cliente, dá início a formação do litígio judicial. E, porque não afirmar, portanto que o ator social principal nesta formação? Ora, se identificamos um ator social que possui esta primazia, essencial que ele seja o foco primeiro de todas as propostas, inovações no campo de novas resoluções de conflitos.

Deste modo, indispensável se faz questionar a criação de um novo ator (mediador), antes mesmo de se preocupar na educação, conscientização daqueles que estão à frente de todo o projeto inicial do conflito e, que em muito poderiam (se educados fossem) contribuir para o objetivo final da mediação (ao menos na teoria). Tal questionamento se dá, sobretudo, pela presunção de que o número de mediadores que teremos dentro do próprio meio jurídico seja superior que os demais.

Nesse diapasão, a conduta do profissional da advocacia pode e deve colaborar com a diminuição de litígios, na medida em que a legislação que rege a profissão e a alçada constitucional à que está elevada assim o determina. Se, na prática, aquilo que decorre de lei não é levado a efeito, a de se refletir se há esperança numa nova forma de resolver o conflito se o ator social que veste o papel de negociador é o mesmo.

Deste modo, de extrema importância, no campo jurídico-social, que passemos a levantar a discussão sobre o comportamento desses profissionais e seu compromisso com o Judiciário e com a sociedade, em especial a partir da condição de indispensabilidade para a administração da justiça, atribuída pela Carta Magna. O que importa, nessa esteira, é pensar em métodos de conscientização, a partir de condutas preventivas e não estimuladoras do conflito.

6 Conclusões

As teorias pós-moderna e reflexiva do direito apontam, portanto, para uma mudança na estrutura do direito, em que o papel do Estado se limitaria a criar mecanismos e procedimentos que viabilizassem a troca de informação pelos atores sociais, num verdadeiro aprofundamento da democracia, em virtude da solução do conflito passar pelas partes que lhe vivenciam.

Assim, não resta dúvida que a administração de conflitos deve ser estudada de forma institucionalizada, mas, sobretudo, a partir da conduta daqueles que são os principais instrumentos para que se dê eficácia a tal proposta, os atores sociais que vestem a roupagem de mediador. E, neste aspecto, o advogado se insere como figura essencial nesta análise.

Infere-se, assim sendo, que é crucial que haja, por parte do advogado, a construção de uma nova postura e um perfil diferenciado comparado ao que é desenvolvido ao longo da sua formação jurídica, de forma a somar ao longo do processo midiático.

Referências

ALMEIDA, Tania. **Mediação e Conciliação**: Duas práticas distintas, dois paradigmas diversos. Disponível em: < http://www.mediare.com.br/08artigos_11mediacaoconciliacao.html>. Acesso em: 07 mar., 2016.

ALMEIDA, Tania; NETO, Adolfo Braga. **Como mediadores e advogados podem atuar colaborativamente na mediação baseada nos interesses e nas necessidades das partes**. Disponível em: < http://www.mediare.com.br/08artigos_03med_adv.htm>. Acesso em: 07 mar., 2016.

BARBADO, Michelle Tonon. **Um novo perfil para a advocacia: o exercício profissional do advogado no processo de mediação**. Disponível em: <<http://www.arcos.org.br/livros/estudos-de-arbitragem-mediacao-e-negociacao-vol2/quarta-parte-artigo-dos-alunos/um-novo-perfil-para-a-advocacia-o-exercicio-profissional-do-advogado-no-processo-de-mediacao>>. Acesso em: 07 mar., 2016

BRASIL. **Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: 07 mar., 2016.

JUNIOR, José O. Alcantara. **Georg Simmel e o Conflito Social**. Disponível em: <http://www.ppgcsoc.ufma.br/index.php?option=com_content&view=article&id=162&catid=54&Itemid=114>. Acesso em: 07 mar., 2016.

JUNGES, Marcia. **“O conflito é o motor da vida política”**. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/index.php?option=com_content&view=article&id=2211&secao=276>. Acesso em: 07 mar., 2016.

SILVA, Marcos José Diniz. **O conflito social e suas mutações na teoria sociológica**. Qualitas Revista Eletrônica. Paraíba, ISSN 1677 4280 Vol.1. N°2, 2011.



MEDIAÇÃO INSTITUCIONAL DE CONFLITOS: uma análise introdutória do tratamento do conflito no Judiciário e a mediação no Novo CPC

Camila Pereira de Castro Siqueira¹

Igor Peçanha Frota Vasconcellos²

RESUMO: Com o advento do marco legal da Mediação no Brasil, busca-se compreender como um sistema de justiça baseado na lógica do contraditório pode absorver um meio de administração de conflitos no qual o protagonismo é das partes. Assim, a finalidade do artigo é promover uma reflexão acerca das implicações e potenciais contradições oriundas desse atravessamento entre a cultura jurídica brasileira e a mediação.

Palavras-chave: Formas alternativas de administração de conflitos. Marco legal da Mediação. Lógica do contraditório. Cultura Jurídica Brasileira.

ABSTRACT: With the advent of the legal framework of mediation in Brazil, we search to understand how a justice system based on contradictory logic can absorb a means of conflict management in which the role is of the parties. Thus, the purpose of this paper is to promote a reflection on the implications and potential contradictions resulting from this crossing between the Brazilian legal culture and mediation.

Keywords: Alternative forms of conflict management. Legal framework of mediation. Contradictory logic. Brazilian Legal Culture.

1 Introdução

A inserção da mediação de conflitos no panorama institucional da administração de conflitos no Brasil consolidou-se no ano passado com a aprovação do Novo Código de Processo Civil e da Lei de Mediação.

Não obstante, há controvérsias sobre como a mediação se conformará na prática, sendo inserida numa cultura jurídica inquisitorial e informada pela retórica do contraditória. Em outras palavras, processo não oferece uma comunicação bilateral entre as “partes”, uma vez que essas relações são indiretas e levadas a um terceiro com poder de decisão cuja preocupação, normativamente, é a extinção do conflito e/ou do processo. Em contrapartida, a mediação visa facilitar a comunicação entre as

¹Bacharel em Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF), mestrando no Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito (UFF).

² Bacharel em Direito pela UFF, mestrando no Programa de Sociologia e Direito da UFF. Advogado

pessoas a fim de que elas mesmas possam criar formas produtivas de lidar com a disputa, visando uma “transformação do conflito” pela mudança do ponto de vista dos sujeitos envolvidos.

Assim, esse trabalho coteja esses dois panoramas e busca compreender as quais as implicações de inserir a Mediação na cultura jurídica brasileira com as características específicas que a caracterizam.

2 Marco Legal da Mediação

A mediação, objeto deste trabalho, é um dos chamados “mecanismos de autocomposição de conflitos” ou, na literatura das ciências sociais, “formas alternativas de administração de conflitos”, as quais incluem ainda a negociação e a conciliação.

No plano internacional, a mediação já vem se desenvolvendo em diversos países, principalmente após o advento da Diretriz 52/2008 emitida pelo Conselho da União Europeia. O Brasil há alguns anos é signatário de atos internacionais que preveem a adesão do instituto da conciliação, contudo no que tange a mediação, o país apenas adotou acordos de cooperação nos quais países se ajudavam reciprocamente a desenvolver sistemas de resolução de controvérsias.

No plano nacional, até 2015, a mediação era apenas objeto de leis esparsas e do II Pacto Republicano que, dentre os compromissos assumidos, constava o de fortalecer a mediação e a conciliação, com vistas a pacificação social e uma menor “judicialização”. O que, por sua vez, gerou a Resolução 125/2010 do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) que dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário, incluindo, dentro de suas diretrizes, a prática da mediação. Logo, até então, este era o único instrumento normativo que apresentava qualquer previsão sobre essa prática em âmbito institucional.

Não obstante, a mediação já vem sendo realizada por programas de acesso à justiça realizados pelos tribunais, entidades não governamentais, câmaras de mediação e arbitragem privados e, até por mediadores independentes. Essas práticas contribuíram para a popularização do instituto na sociedade. O que, para Fabiana Spengler, contribuiu para certa banalização do mecanismo (2016, p. 19).

Segundo a literatura especializada, apesar dos práticos e teóricos da mediação produzirem orientações para o mediador e essas diretrizes muitas vezes serem seguidas à risca, haviam muitas doutrinas sobre o tema e a ausência de previsão legal expressa contribuía para diferentes interpretações sobre o significado e os propósitos daquelas práticas, mormente em ambiente institucional. Além disso, a perspectiva de sua normatização consistia na possibilidade de fomentar ou até mesmo determinar que órgãos do Estado transformassem a mediação em política pública, cooperando para sua disseminação.

Assim, não bastava que o Governo fornecesse serviços de mediação de forma proveitosa. Era indispensável que a utilização desse instituto fosse realizada de maneira adequada, se preocupando com

a capacitação dos mediadores e esclarecendo a população sobre os métodos utilizados a fim de que as experiências fossem produtivas e conseqüentemente repetidas.

Vários projetos de lei, tendo diferentes abordagens sobre a mediação, tramitavam no legislativo até 2014 quando o assunto foi objeto de maior exploração na mídia no bojo de temáticas como “crise do judiciário”, aparecendo como uma possibilidade de desafogamento do Poder Judiciário. Em 2015, juntamente com a promulgação do novo Código de Processo Civil (CPC) - que passou a prever à mediação, referindo-se a ela em diversas passagens -, foi publicada a Lei de Mediação (Lei 13.140/2015), sendo estes os grandes marcos legais do instituto no Brasil.

A Lei 13.140/2015 foi a compilação das propostas legislativas de outros três projetos, PLS 517/2011, PLS 434/2011, PLS 405/2013, prevendo a mediação judicial e a extrajudicial, as formas de procedimento, seus princípios, o papel do mediador, suas possibilidades e possíveis exceções. Assim, como as demais formas alternativas à jurisdição, o objetivo contido no discurso da autoridade pública é afastar os conflitos da demora dos procedimentos judiciais, contribuindo para o alívio do “excesso” de demandas judiciais.

A legislação específica (Lei de Mediação) entende a mediação como a “atividade técnica exercida por terceiro imparcial sem poder decisório, que, escolhido ou aceito pelas partes, as auxilia e estimula a identificar ou desenvolver soluções consensuais para a controvérsia” (Art. 1º da Lei 13140/2015). Importa destacar que a legislação trabalha com a lógica de “solução do conflito”, pois o Código de Processo Civil também menciona que deve estimular esse e outros “métodos de solução e conflitos consensuais (Art.1ª, § 3º). ja qualquer acordo entre ambas. Logo, para que uma mediação seja considerada bem sucedida, ela não precisa ter necessariamente um acordo formalizado, nem que este seja homologado em juízo.

3 Natureza do conflito e o tratamento pelo Judiciário:

Toda discussão sobre acesso à justiça seja via processo judicial, gerido por um agente do Estado investido de jurisdição, seja por meios alternativos (mediação, conciliação, negociação), gira em torno da solução de conflitos. Isto é, está fundada numa ideia de que o conflito deve ser solucionado ou mesmo extinto.

De acordo com Fernanda Tartuce, conflito “é sinônimo de embate, oposição (...) no vocabulário jurídico, prevalece o sentido de entrechoque de ideias ou de interesses” (2015, p. 3), sendo tratado na esfera judicial como disputa, lide ou litígio.

Para o Direito Processual, o conflito é o elemento básico da lide, originado pela disputa de pretensões, proveniente da existência de interesses contrapostos. “A indefinição de situações das pessoas perante outras, perante os bens pretendidos e perante o próprio direito é sempre motivo de

angústia e tensão individual e social” (PELLEGRINI, 1998, p.9). Os interesses, nesse sentido, não fazem menção às aspirações das partes em disputa, mas justamente à uma situação em que há um sujeito que quer satisfazer determinada necessidade e o outro que potencialmente é hábil para satisfazê-la.

O Direito como importante fenômeno social típico da Modernidade manifesta na doutrina processual de forma clara características do empreendimento moderno como a necessidade de “definição”, a “previsibilidade” (segurança jurídica). Sendo estas causas de “angústia” e “tensão individual e social”.

A partir desta perspectiva o conflito tem de ser extinto, pois é visto como elemento desagregador, disruptor da ordem social cuja manutenção é missão do Direito. A pendência do conflito sem uma posição do Estado sobre como ele deva terminar é sinal de instabilidade, insegurança e, portanto, ruim.

Para muitos juristas, não existe sociedade sem Direito. Segundo esse ponto de vista, ele exerceria na sociedade a função ordenadora de interesses que se manifestam entre seus membros, de modo a compor os conflitos que surgirem. Portanto, o Direito tem a função de harmonizar as relações sociais com o mínimo de sacrifício e desgaste, de forma equitativa e justa.

Como algo que deve ser extinto categoricamente, uma vez que é visto como algo essencialmente negativo, o tratamento do conflito oficial - a jurisdição - determina um terceiro imparcial, supostamente absorto da disputa, que decide de maneira absoluta e autoritária a resolução da controvérsia.

Isto é, essa forma heterocompositiva do tratamento do conflito é caracterizada pelo monopólio do Estado, materializado pelo Poder Judiciário, onde a decisão é proferida pelo juiz, investido de poder coercitivo a fim de resolver de forma definitiva e impositiva o impasse determinando, vale dizer, a solução mais justa para o Direito e não para as partes – o juiz tem o poder de decidir algo diferente do que todas as partes pediram ou argumentaram no processo.

Portanto, o Estado normalmente trata o conflito em termos de solução ou resolução com a ideia de que ele pode ser resolvido, banido completamente da relação entre as pessoas. No entanto, como parece óbvio, nem sempre o conflito se encerra porque o Judiciário quando bem entende diz que ele terminou.

Curiosamente, pesquisas empíricas sobre a administração institucional dos conflitos (KANT DE LIMA, 2009) e sobre o tratamento dado as sensibilidades jurídicas na administração judicial dos conflitos (CARDOSO DE OLIVEIRA, 2010) descrevem o funcionamento dos processos judiciais sob uma lógica (ou retórica) do contraditório, ou seja, a estrutura lógica do processo é pensada a partir de uma discordância rumo ao infinito, interrompida pelo juiz que apresenta a solução mais conforme com o Direito.

Em outras palavras, o Direito valora o conflito como algo que deve ser extirpado, mas, num certo sentido, estimula-o dentro do processo ao invés de direcionar “as partes” para a construção de um diálogo e, eventualmente, um consenso, ainda que imparcial.

Sob outro ponto de vista, segundo Simmel (1983), os conflitos são potencialmente produtores de sociabilidade, pois toda relação social estaria sujeita a conflitos e toda interação entre indivíduos é uma associação, logo, o conflito é uma forma de associação. De acordo com ele: “o conflito está assim destinado a resolver dualismos divergentes; é um modo de conseguir algum tipo de unidade, ainda que através da aniquilação de uma das partes conflitantes” (1983, p. 122).

O que explica que as relações convergentes são fundamentalmente diferentes das relações que impliquem algum tipo de indiferença entre indivíduos ou grupos. Sendo assim, em contraste com a negatividade da indiferença, o conflito representa algo positivo.

Como se realmente houvesse uma vida em sociedade sem tensões e todos os indivíduos gozassem de satisfação suficiente. Contudo, cumpre-se observar que o indivíduo não alcança a unidade de sua personalidade exclusivamente através de uma harmonia exaustiva, esta seria inerte. O conflito e a contradição não só fazem parte dessa unidade, mas também operam cada momento de sua existência. Logo, a sociedade, para ser a ordem social que é, precisa de harmonia e desarmonia, de associação e competição, de tendências favoráveis e desfavoráveis em quantidades proporcionais.

Nas palavras de Simmel:

A extensão e a combinação da antipatia, o ritmo de sua aparição e desaparecimento, as formas pelas quais é satisfeita, tudo isso, a par de elementos mais literalmente unificadores, produzem a forma de vida metropolitana em sua totalidade insolúvel; e aquilo que à primeira vista parece desassociação, é na verdade uma de suas formas elementares de socialização. (1983, p. 128)

Assim, vale destacar que os conflitos por si só não produzem uma estrutura social, mas em cooperação com a unificação. Até porque “*a essência da alma humana não permite que um indivíduo se ligue a outro por um elo apenas*” (SIMMEL, 1983, p. 128).

4 Mediação e Jurisdição: análise acerca do tratamento do conflito

A mediação, dentro dessa noção de tensão envolvida no conflito é pensada a partir da perspectiva de sua “transformação” e não “extinção”, busca-se a “solução” do conflito pela compreensão da relação rompida ou abalada, da mudança do ponto de vista sobre os fatos controvertidos e da mudança de comportamento, contribuindo para a conversão da controvérsia em uma nova experiência.

Em algumas situações os próprios envolvidos não querem que a relação seja totalmente rompida. Desejando apenas compor a circunstância controversa e continuar, por exemplo, a parceria. Ou por

algum motivo tem relações constantes, e por isso, não podem romper ligações – como ex-cônjuges que possuem filhos em comum.

Segundo Fernanda Tartuce, a mediação é o meio consensual de tratamento do conflito em que uma pessoa imparcial e capacitada tecnicamente auxilia a comunicação entre as partes para que elas possam, a partir do restabelecimento do diálogo, “encontrar formas produtivas de lidar com as disputas” (2015, p. 174). Ou seja, é um mecanismo de administração de conflito que tem como missão a construção de um sistema de decisão pelos sujeitos a fim de satisfazer todos os envolvidos, em maior ou menor grau.

Enquanto a jurisdição visa “extinguir” o conflito pelo modo impositivo de decisão, a mediação se utiliza da ideia de “composição” para abordar as possíveis formas de tratamento do conflito, uma via que visa a transformação do conflito.

A mediação possui importantes princípios, através dos quais pode-se fazer uma análise mais aprofundada da maneira em que o instituto procura tratar o conflito. A partir desta análise, identificando a previsão normativa-legal de cada um deles procurar-se-á fazer uma análise comparativa o tratamento do conflito pela jurisdição tradicional.

Primeiramente, é importante destacar que, embora os manuais e comentadores sobre a mediação afirmem que a dignidade da pessoa humana é um dos pilares dos meios consensuais, inclusive da mediação, a legislação a respeito não aborda esse postulado expressamente. O Novo Código de Processo Civil menciona genericamente que “ao aplicar o ordenamento jurídico, o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum, resguardando e promovendo a dignidade da pessoa humana (...)”, mas não especificamente como um princípio da mediação. A lei de mediação, a seu turno, sequer faz referência a esse princípio.

Por outro lado, consta em ambos diplomas legais o princípio da “autonomia da vontade das partes” (Art. 166, caput, NCPC e Art. 2º, V da Lei de Mediação), “autonomia dos interessados” (Art. 166, §4º, NCPC), os quais estão atrelados ao reconhecimento do poder de decisão entre as partes, pois, dando tratamento aos sujeitos do conflito como seres-humanos capazes e autônomos o bastante para delinear “soluções” ou encaminhamentos para seus próprios conflitos.

Os sujeitos do conflito, dessa forma, são protagonistas do mecanismo de administração/gestão do conflito e de suas vidas, porquanto formulam suas próprias soluções para uma saída consensual do conflito a partir de sua concepção e seu senso de justiça.

Além destes, a Lei de Mediação prevê expressamente os princípios da imparcialidade do mediador (Art. 2º, I), da isonomia entre as partes (Art. 2º, II), da oralidade (Art. 2º, III), da informalidade (Art. 2º, IV), busca do consenso (Art. 2º, V), da confidencialidade (Art. 2º, VI) e da boa-fé (Art. 2º, VII). A maior parte deles também estão expressos no texto do Novo Código de Processo Civil.

A imparcialidade é essencial e corresponde a distância necessária que o mediador deve ter em relação aos envolvidos. É uma diretriz importante para que seja considerada válida a atuação do terceiro interveniente no conflito, seja ele juiz ou mediador. O terceiro interveniente, para atuar em uma causa, não deve ter qualquer envolvimento com as partes. Isso é substancial para a credibilidade do mediador – e mesmo do juiz – com os envolvidos. Isso porque a “imparcialidade demanda um comportamento de equânime tratamento (fairness) no sentido de garantir aos participantes a adequada oportunidade de fazer valer as próprias razões” (TARTUCE, 2015, pg. 203), isto é, mesmas oportunidades de fala, de se colocar de forma proporcional e equilibrada.

No caso da mediação, a atuação do mediador deve representar uma instancia não julgadora em que os indivíduos possam discutir e avaliar seus interesses e posições, interferindo com imparcialidade sem induzir as partes no resultado da mediação. Assim, o mediador não deve manifestar qualquer juízo de valor sobre o resultado do acordo. A tentativa de interferência pode influir na externalidade de sua “margem de negociação”, gerando um acordo artificial, sem aderência à situação das pessoas em conflito.

Só há comunicação efetiva entre as partes se existir voluntariedade, ou seja, o diálogo só pode começar se houver aceitação expressa de ambas as partes, optando pelo meio consensual do início ao fim, o que corresponde na adesão do método à responsabilidade pelo resultado final da mediação. Logo, a principal finalidade é fornecer às partes a oportunidade de aprender ou mudar, contribuindo para uma “transformação” da relação rompida, do fato controvertido, pelo empoderamento e empatia das partes, fazendo com que estas saiam de uma posição excessivamente autocentrada. O mediador tem apenas o papel de checar e organizar as informações disponibilizadas pelos envolvidos para que a solução seja construída consensualmente e gere frutos de uma situação esclarecida.

Em contrapartida, na via jurisdicional, não há a responsabilidade de formulação de soluções pelas partes, cabendo a decisão final sobre o conflito à figura imparcial e autoritária do juiz que, como já dito, pode ser inclusive diferente de tudo que foi apresentado pelas partes ao longo do contraditório judicial. Nesse caso, não há voluntariedade das partes, e sim coerção quanto ao cumprimento da decisão.

Pesquisas empíricas realizadas no âmbito da administração institucional de conflitos, como a de Marco Aurélio Epifani, acrescenta elementos importantes a esse cotejamento entre o tratamento dado ao conflito na jurisdição e aquele dado na mediação. Demonstram que em razão de constrangimentos institucionais a preocupação precípua do juiz (e, conseqüentemente todo o funcionamento do cartório) não é se quer extinguir o conflito, sendo, pois, suas finalidade prática administrar, e extinguir, o processo judicial. Uma vez que este deixa de existir, para o juiz o conflito deixou de existir ao mesmo tempo.

Um outro princípio que possibilita um melhor diálogo entre as partes é a informalidade. Embora o mediador se utilize de determinadas técnicas de abordagem das partes, não é uma forma ritualizada,

engessada, que conduz os procedimentos de mediação. Como a finalidade da mediação é restabelecer a comunicação entre os sujeitos do conflito, em muitos casos a informalidade contribui para que a mediação seja conduzida de acordo com a situação e relação específica das partes, podendo as sessões de mediação serem realizadas de várias formas, sem regras fixas de procedimento. “É importante que haja flexibilidade no procedimento porque a dinâmica das relações demanda objetividade e interatividade em um processo permanente de negociação entre as partes”. (TARTUCE, 2015, pg. 196)

A mediação como meio consensual que envolve a participação voluntária das partes, necessita que haja também a confidencialidade e a boa-fé.

A boa-fé consiste “no sentimento e no convencimento íntimo quanto á lealdade, à honestidade e à justiça do próprio comportamento em vista da realização” (TARTUCE, 2015, pg. 207) dos fins para o quais a mediação é direcionada. Quando há um histórico de má-fé entre as partes, a mediação pode ficar comprometida. Geralmente há má-fé quando as partes estão emocionalmente instáveis e uma deseja punir a todo modo a outra. Logo, sob a perspectiva transformativa do conflito, busca-se trabalhar novas percepções das partes, possibilitando que os sujeitos desenvolvam o reconhecimento positivo sobre a relação e os motivos do outro, a boa-fé por trás do conflito.

A boa-fé está ligada diretamente à confidencialidade. O que costuma ser considerada uma das vantagens da mediação, pois o mediador deve ser visto como aquele em que os envolvidos possam expor suas situações sem a preocupação de obter prejuízos. É preciso que eles tenham a garantia de que o que for falado não seja usado contra eles. Por exemplo, não havendo acordo, a proposta feita na sessão não consta no termo, a não ser que as partes concordem. Inclusive, se a parte ou o advogado violar a confidencialidade e levar aos autos os dados obtidos na sessão de mediação eles são considerados prova ilícita, pois viola a boa-fé e a lealdade, estando o mediador, o conciliador e os membros de suas equipes vinculados a dever de sigilo de modo que são proibidos de divulgar quaisquer fatos ocorridos na mediação ou na conciliação, não podendo nem mesmo depor em juízo acerca destes (Art. 166, § 4º, NCPD).

Sendo assim, a confidencialidade é o instrumento essencial para ensejar um elevado grau de compartilhamento de informações íntimas e muitas vezes cruciais para produzir uma solução para o conflito, o que seria impensável para a lógica de tratamento do conflito em um procedimento jurisdicional, primeiro porque pautado pela publicidade, muito embora seja uma publicidade “controlada” e segundo porque pautado na prática em instrumentos inquisitoriais (Epifani Filho, 2015). Além disso, o juiz é quem diz se precisa ou não da cooperação das partes para “resolver o conflito”, afinal prevalecerá o entendimento dele acerca do que é justo segundo o Direito e não segundo os sujeitos envolvidos.

Em conjunto, a oralidade também é um princípio que contribui para a integração entre as partes na solução do conflito. Nesse caso o mediador não se posiciona num lugar superior, como o juiz, mas

encontra-se no meio delas com o intuito de criar um ambiente participativo na construção do acordo. Isso porque a responsabilidade dada aos participantes no falar e no ouvir, possibilita uma maior colaboração. Implica em ouvir o outro com o interesse em compreender o que foi exposto e se fazer entender de forma clara sobre as questões.

Ademais, a mediação deve proporcionar isonomia entre os participantes, ou seja, igualdade de oportunidades para que ambos tenham as mesmas condições de participação durante todo o procedimento. Por isso, é primordial o papel do mediador. É importante que ele deixe claro sobre as consequências da celebração ou não de um acordo, deixando-os cientes da importância da confidencialidade e boa-fé e da responsabilidade de sua participação colaborativa na busca de interesses comuns, no estabelecimento de pontes na compreensão do outro, mas também no tratamento do conflito de forma racional de maneira que se encontre um esquema “ganha-ganha”.

Além disso, deve perceber a diferença de poder entre os envolvidos, procurando promover o diálogo em cima dos pontos de comum interesse a fim de superar o desequilíbrio. Outras técnicas como organizar e analisar dados, ajudar e educar a parte a planejar uma estratégia de negociação e encorajar a parte a fazer concessões com bom senso, podem auxiliar na construção do equilíbrio entre os envolvidos. Vale destacar que aqui o mediador não atua como advogado ou assessor técnico. Ele apenas tem a responsabilidade de colaborar para que as partes alcancem um acordo razoável, efetivo e duradouro.

Por fim, o princípio não menos importante, a busca do consenso entre as partes consiste no mediador oferecer as condições para que as partes possam se envolver na conversa de forma que possam ser extraídos pontos cruciais a serem tratados para a construção do acordo. O que implica, em muitos momentos, na necessidade de realização de várias reuniões para estruturar troca de informações proveitosas. E que, em outra mão, não se encaixa na lógica de tratamento do conflito do Judiciário que é fundado no contraditório e, portanto, no dissenso.

5 Conclusão

Em sede de considerações finais cumpre destacar que o marco legal da mediação se coaduna com os princípios defendidos pelos autores que se dedicam a essa temática. E ainda nesta linha, o Novo Código de Processo Civil apresenta vários princípios e procedimentos que apontam para um processo mais dinâmico e participativo. Todavia, a hierarquia do juiz se mantém como antes, bem como diversos outros dispositivos que davam margem ao comportamento inquisitorial do magistrado permaneceram em vigor. Os estudos em administração institucional de conflitos e contextos institucionais apontam que os sujeitos estão sob outros constrangimentos além da lei na hora de agir em um processo. Isto é, a Lei é apenas um dos constrangimentos institucionais que exigem certo direcionamento das ações dos atores

em contexto. Parece-nos que é necessário conscientizar os atores envolvidos destas características culturais e sociais dos ambientes institucionais para que estes tenham um pouco mais de clareza e possam ajudar construir um ambiente institucional com outras sensibilidades.

Assim, espera-se que a Mediação, em sendo implantada sofra algumas transfigurações – até certo ponto comuns à adaptação -, mas principalmente o que fica de reflexão é a necessidade de modificar a concepção de conflito. É provável que os mediadores e conciliadores (ainda que de outras áreas e não contaminados pela retórica do contraditório) encontrem dificuldades com as próprias partes e seus advogados viciados que estão com essa lógica.

Referências

BRASIL. **II Pacto Republicano do Estado por Sistema de Justiça mais acessível, ágil e efetivo**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Outros/IIpacto.htm>. Acesso em: março. 2016.

BRASIL. **Lei de Mediação**. Lei nº 13.140 de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato20152018/2015/Lei/L13140.htm>. Acesso em: março. 2016.

BRASIL. **Código de Processo Civil**. Lei nº 13.105 de 16 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato20152018/2015/lei/l13105.htm>. Acesso em: março. 2016.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 14^o ed. rev. e atual. 1998. São Paulo.

DINAMARCO, Cândido Rangel. **Instituições de direito processual civil**. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2013. v. 1.

ELIAS, Norbert. **A sociedade dos indivíduos**. Tradução, Vera Ribeiro; revisão técnica e notas, Renato Janine Ribeiro. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. Ed. 1994

PINHO, Humberto Dalla Bernadina. **Direito Processual Civil Contemporâneo 1 - Teoria Geral do Processo**. 4^o edição. Rio de Janeiro: Ed. Saraiva: 2012.

SIMMEL, G. **A natureza sociológica do conflito**. in Moraes Filho, Evaristo (org.), Simmel, São Paulo, Ática, 1983.

SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos - da teoria a prática**. Porto Alegre: Ed. Livraria do Advogado. 2016. p. 119.

TARTUCE, Fernanda. **Mediação nos conflitos civis**. 2^o Ed., ver., atual. E ampl. – Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método: 2015.



objective of bringing the conflict through the mediator who is impartial third party properly trained to play the role of the facilitator, enabling the harmonious and productive session conduction. From this intervention, individuals start talking about the conflict, in order to understand it in its various dimensions and rescue feelings and interests which are very important for the understanding, which will result in the manifestation of the own will conflicting. The use of mediation in the resolution of family relationships conflicts seems to be very satisfactory, since it facilitates the maintenance of these continuing relationships (because of the bonding), encouraging the parties to face the conflict positively. In this sense, mediation can be a first step in building the human rights, more ethical, focused on personal and social recovery and, once implemented, it can prove a factor of promotion and dissemination of a culture of peace in human relationships generally.

Keywords: Jurisdiction. Crisis. State. Conflict mediation. University Extension.

1 Introdução

O presente trabalho fundamenta-se em duas constatações. A primeira de que usualmente os conflitos oriundos das relações interpessoais, não jurisdicionalizados, reclamando do Poder Judiciário uma solução. E a segunda, de que o Poder Judiciário vem sofrendo uma crise estrutural e de identidade no que se refere ao atendimento e oferta de uma solução célere e eficaz para os litígios postos.

Nesse contexto, o estudo e aplicação prática de outros métodos de tratamento de conflitos, como a mediação, podem propiciar para a comunidade novas perspectivas de resolução dos conflitos.

O trabalho tem como foco apresentar a experiência do projeto de extensão no atendimento e enfrentamento das controvérsias oriundas das relações familiares, por intermédio da aplicação da mediação em âmbito pré-processual, considerando que as questões familiares representam uma parcela significativa dos litígios judiciais e que por suas particularidades, muitas vezes, não encontram em uma decisão judicial a efetiva resolução do conflito instaurado.

Nesse sentido, a pesquisa parte da constatação da crise pela qual passa a jurisdição, ofertando a mediação de conflitos como um alternativa adequada de tratamento e enfrentamento das controvérsias, judicializadas ou não, relatando, por fim, a experiência do projeto de extensão universitária, desenvolvido no seio do curso de Direito da Universidade Regional do Noroeste do Estado do Rio Grande do Sul-Unijuí, denominado “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”.

A metodologia utilizada consiste em pesquisas bibliográficas sobre o tema, além do relato de experiência.

2 A Crise da Jurisdição

O monopólio estatal da violência legítima e o poder de decidir conflitos pela via judicial respaldado no manejo de comandos normativos sancionadores fundados no “bem” e no “mal, no “certo” e no “errado”, já não oferece respostas para a gama complexa e plural de conflitos produzida pelas relações humanas no cenário da sociedade atual.

Desde o limiar do novo século o Poder Judiciário vem padecendo de uma crise que é, sem dúvida, quantitativa, mas principalmente qualitativa, pois tem fundo metodológico. As fórmulas aplicadas pelo direito para a solução dos conflitos que se lhe apresentam não dão conta de harmonizar o sujeito, a demanda e o instrumento.

O modelo de justiça ofertado pelo sistema jurisdicional acirra a dialética entre a “realidade institucionalizada” e a “perspectiva do homem”, pois transcreve o conflito em uma linguagem jurídica e o encerra entre os muros do procedimento judiciário. “A palavra reina soberana no mundo da contabilidade jurídica [...] a gramática dela é a gramática de um poder, que ‘diz o direito’, ou melhor ‘diz a última palavra’” (RESTA, 2004, p. 94).

Através da linguagem o juiz atrai para o seu universo o conflito e transforma, judicializa, tudo aquilo que vem ao seu domínio, sem, contudo, alterar o conflito em sua substância. Ou seja, o Poder Judiciário institucionaliza conflitos sociais, porém, muitas vezes, as suas decisões não referenciam as relações sociais. Pode um juiz decretar um divórcio, porém os vínculos familiares permanecerão. Decidirá a demanda judicial, interrompendo aparentemente o conflito posto em juízo, mas não impedirá, através da sentença, a ressignificação do conflito, pois ele é capaz de funcionalizar o conflito social, porém não tem a capacidade de fazer o mesmo com a vida das pessoas (SPENGLER, 2008).

Ainda, a imparcialidade judicial, imperativo legitimador da justiça, impõe o afastamento entre juiz e o conflito. A decisão refere-se a litígios que são alheios ao juiz, sob os quais não deve sentir e sequer assumir responsabilidades, uma vez que a responsabilidade pelo conteúdo da escolha não é do magistrado, pois projetada para a muralha normativa. Nesse sentido, Resta (2004, p. 115) ao analisar os fundamentos da complexidade e da profundidade histórica da racionalidade da justiça no modelo jurisdicional tradicional de “dizer o direito” afirma

Ninguém nega o valor do processo judiciário no caminho da legalidade moderna, mas disso inferir a perenidade do “monopólio estatal da jurisdição” e a racionalidade da competência generalizada do juiz sobre cada gênero de conflito, obviamente, é algo que não se cogita.

Por outro lado, a estrutura jurídico-política tradicional sempre esteve muito preocupada com os “remédios” para combater o conflito, sem, contudo, atentar para as causas e para os reais fatores que contribuem para a crescente litigiosidade social. Muitos fatores podem ser citados para justificar a quantidade e a natureza das lides como: o crescente reconhecimento de novos direitos, a difusão da

cultura do conflito e a tendência já secular do direito “colonizar” todos os espaços da vida (RESTA, 2004). O fato é que a racionalidade moderna, que ainda hoje alicerça o paradigma jurisdicional estabelecendo conceitos adequados a dar respostas às demandas sociais, está sofrendo no contexto contemporâneo uma crise que é ao mesmo tempo uma crise de eficiência e de viabilidade. Como destaca Lucas (2005, p. 188)

As modernas promessas do Estado-Juiz são incapazes de abarcar a complexidade dos conflitos atuais. Ora, enquanto estes conflitos não reconhecem o limite das fronteiras dos Estados-Nação, o Judiciário mantém-se fiel a uma noção de competência essencialmente territorial; enquanto a economia globalizada opera em tempo real, primando pela rapidez das relações e das trocas, o tempo dos procedimentos judiciais é o tempo do retardamento, o tempo diferido; enquanto proliferam conflitos sociais de massa, próprios de uma realidade social cada vez mais excludente, o Poder Judiciário permanece operando com um referencial teórico-prático que desconhece o conflito e reconhece apenas uma luta processual entre sujeitos iguais de direitos; enquanto as Constituições contemporâneas consagram positivamente princípios e escolhas morais publicamente construídos, valorizando as experiências e os valores históricos, o Judiciário permanece administrando os conflitos sociais da mesma forma que protegia a propriedade e a liberdade no século XVIII, isto, é apenas racionalizando e institucionalizando conflitos em vez de enfrentá-los em suas complexidades.

A crise da jurisdição na sua essência é a própria crise do Estado, nascida de um deflagrado processo de perda de soberania que resulta na incapacidade de dar respostas rápidas e eficientes aos conflitos atuais.

A globalização, em especial a globalização de cunho econômico, mostra-se aos Estados como de conseqüências incertas, uma vez que lhes retira o poder de decisão em suas três esferas, legislativa, executiva e judiciária. Os Estados trocam o controle sobre a tomada de decisões políticas pelos benefícios do livre comércio e do capital estrangeiro.

Assim, como destaca Matias (2005) a imposição de limites à autonomia do Estado apresenta sequelas que vão além do campo econômico. Na esfera da tomada de decisões políticas, a globalização retira dos Estados, parcial ou totalmente, seu poder de gerência, restringindo sua atuação também quanto à fixação de estratégias alternativas de desenvolvimento, no plano nacional ou mesmo regional. Nas palavras do autor:

O poder dos Estados tem desta maneira, diminuído, e sua autoridade sobre o povo e suas atividades dentro de seus limites territoriais tem enfraquecido. Esse enfraquecimento ocorreria não tanto na quantidade, mas principalmente na qualidade da autoridade exercida. Ele resultaria do fracasso da maioria dos governos em cumprir as funções mais básicas para as quais o Estado como instituição foi criado (MATIAS, 2005, p. 194).

Quanto mais veloz é esse processo, mais o Poder Judiciário é solapado por justiça emergentes, representadas por formas não oficiais de tratamento de conflitos, organizadas em uma lógica diferente da lógica tradicional do direito, essa estruturada em códigos, ritos e no controle formal do tempo pela imposição de prazos processuais.

Mas o tempo da economia globalizada é o tempo de hoje, do agora, do imediatismo e da simultaneidade. Nesse sentido, Espíndola (2015, p. 29) afirma que

O tempo da modernidade é um tempo em/de crise. O direito da modernidade é um direito em/de crise. Uma forma de atuar o direito exige uma nova forma de atuar (e compreender) a jurisdição e novas atitudes dos juristas. Ressignificar sem banalizar! Uma jurisdição eminentemente repressiva e reparadora não atende (mais) ao sentido do direito. O direito não é algo em geral, em abstrato, não é substância, é princípio. Não basta reparar a lesão a direitos ou a violação de direitos, mas é preciso prevenir a violação de direitos e proteger o sentido do direito.

Assim, vivemos em um tempo diverso daquele em que se funda a racionalidade jurídica moderna. O tempo em que a capacidade para formular soluções ou resolver demandas é infinitamente menor do que a capacidade de produzir riscos e problemas. Como acentua Rocha (2001, p. 134) do paradoxo entre o tempo e o direito temos um problema “temos uma racionalidade jurídica tradicional de repetição [...] e, ao mesmo tempo, temos necessidade de tomar decisões mais sociais, mais políticas, levando-se em consideração o novo tempo da sociedade, sociedade do futuro”. Em razão do paradoxo tempo e direito o Judiciário precisa se fazer mais plural, voltado a produção e reconhecimento da diferença e não tão somente da reprodução das fórmulas.

3 A Mediação como uma Alternativa

Diante desse cenário de crise surge em paralelo as formas jurisdicionais tradicionais uma outra modalidade de enfrentamento de conflitos chamada mediação de conflitos, que se apropria de um lugar curiosamente incomum à jurisdição, ou seja, o lugar do meio.

Vale lembrar que o conflito, sociologicamente tratado como fonte de mudanças, em especial em uma sociedade que se pretende dinâmica, interativa e democrática é apenas uma das formas de estabelecer vínculos humanos. Uma outra forma de interação é a cooperação. Lembra Spengler (2008, p. 26) que assim, “o conflito é uma forma social possibilitadora de elaborações evolutivas e retroativas no concernente a instituições, estruturas e interações sociais”.

O espaço da mediação antes de tudo é o espaço entre o “isto” e o “aquilo” traduzido pelo direito fraterno de Resta (2004) como o “estar no meio”, assumindo o problema, deixando de lado a neutralidade do sentir para alcançar um “lugar comum”, participativo, no qual poderá ser promovido o encontro dos extremos, mesmo os mais antagônicos e conflitantes.

Estamos pois, neste espaço real, entre dois extremos, dentro dos quais a *medietas* conquista a posição difícil, mas rica, do ficar no meio, do compartilhar, do pertencer comum; não é espaço de subtração como aquele ocupado pelo juiz que deve perder a própria identidade e mascarar-se, confundindo-se, no espírito da lei. [...] A virtude do mediador é aquela de estar no meio, de compartilhar, e até mesmo do “sujar as mãos”. (RESTA, 2004, p. 125).

Assim, a mediação pode ser definida como um método consensual aplicado para a solução de conflitos judicializados e não judicializados, visando o restabelecimento da comunicação entre os conflitantes. A mediação é marcada pela capacidade de proporcionar o resgate do relacionamento entre os envolvidos, especialmente nas relações continuadas, evitando a ressignificação do conflito aparente e permitindo a participação efetiva das partes na busca de uma real e verdadeira postura democrática da justiça e de seu escopo de pacificação social. Como lembra Moraes Sales (2004, p. 23):

O termo mediação procede do latim *mediare*, que corresponde a mediar, colocar-se ao meio. Trata-se do emprego de procedimentos dialogais que, de forma colaborativa e amigável, incentivam a solução de controvérsias de forma que melhor atendam aos anseios das partes.

A mediação não julga ou procura culpados, como destaca Vezzulla (1999, p. 114) “analisa o passado para que fiquem esclarecidas as inter-relações e sejam trazidos à tona os desejos do presente e do futuro”. Assim, a mediação gera dois sujeitos: o ganhador e o ganhador, e se coloca como alternativa a lógica determinista binária de um processo judicial em que uma parte termina ganhadora e outra perdedora.

Desse modo, a mediação vem construindo uma nova postura social ante o litígio, tendo por objetivo a aproximação das partes por meio do mediador, que é terceiro devidamente capacitado para desempenhar o papel de facilitador, viabilizando a condução harmoniosa e produtiva da sessão de mediação. Ressalta-se que para a mediação atingir resultados positivos é importante que os mediados manifestem a concordância em participar dessa forma de resolução de conflitos e que tenham a certeza de que as manifestações trazidas para a sessão de mediação permanecerão resguardadas pela privacidade e que somente os fatos autorizados pelos mediados serão externados.

Portanto, na condução da mediação denota-se de extrema relevância a observância dos princípios norteadores consolidados como a liberdade das partes, a não-competitividade, o poder de decisão das partes, a informalidade processual e a confidencialidade no processo (MORAIS; SPENGLER, 2008).

Nesse aspecto, o acordo não é o único, nem o principal objetivo da mediação. O entendimento dos conflitantes acerca do conflito real e dos sentimentos pessoais envolvidos, além da possibilidade de enfrentamento do problema a partir do diálogo e da reflexão sobre os atos de cada um dos indivíduos é o que de fato intenta uma sessão de mediação. Assim, os mediados podem tomar decisões sob a perspectiva de suas reais necessidades, as quais no âmbito de um processo judicial ficam à margem dos procedimentos.

Como destaca Michelon (1999) ainda que os mediados sejam encaminhados obrigatoriamente para a mediação, como ocorrem em alguns países, as pessoas envolvidas devem ter a liberdade de optar

pela continuidade ou não do processo. As partes devem estar livres para escolher a mediação como processo para solucionar o conflito e livres para escolher o mediador em que depositem confiança.

A imprescindibilidade de observar a voluntariedade e autonomia de vontades das pessoas envolvidas no conflito em optar pela adoção da mediação como forma de autocomposição está claramente expressa no Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015), com entrada em vigor em março de 2016. Assim, ao inserir a mediação na sistemática processual, o novo CPC prevê no §5º do artigo 334 que o autor e o réu podem indicar o desinteresse pela utilização da técnica, na petição inicial ou na contestação, respectivamente.

Especificamente em relação as alterações introduzidas na sistemática processual pela Lei nº 13.105/2015, o Código abre a Seção V para tratar “Dos Conciliadores e dos Mediadores Judiciais” inserindo-os na categoria de “Auxiliares da Justiça”.

Assim faz, pois em seus fundamentos o Novo CPC adota como fio condutor o princípio da colaboração (art. 3º), não no sentido de tornar obrigatória a mediação, mas para estimulá-la. Refere, portanto, Spengler (2016, p. 103) que com o Novo CPC pretende-se, “em vez de se utilizar pressão e o poder, utilizar-se a criatividade como ferramenta, a flexibilidade como atitude e a comunicação sincera e genuína para se chegar ao melhor acordo”.

Nesse sentido, também o texto do art. 139, inciso V da Lei nº 13.105/2015, faz referência a um juiz colaborativo e comunicativo que a todo o tempo busca promover a autocomposição, com auxílio dos mediadores e dos conciliadores.

A partir do art. 165 o Novo CPC regulamenta a atividade dos mediadores e dos conciliadores definindo, conforme já era a meta do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) desde a edição da Resolução nº 125, que cada tribunal crie “centros judiciários de solução consensual de conflitos, responsáveis pela realização de sessões e audiências de conciliação e mediação e pelo desenvolvimento de programas destinados a auxiliar, orientar e estimular a autocomposição”.

Para aplicar a política judiciária de tratamento adequado dos conflitos no âmbito do Poder Judiciário Gaúcho, o Tribunal editou no ano de 2014 a Resolução nº 1026/2016 do COMAG (Conselho de Magistrados), alterada recentemente pela Resolução nº 1124/2016 do mesmo COMAG, disciplinando a competência, composição, estrutura e funcionamento dos Centros Judiciários de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC). Dispõe a resolução que os CEJUSCs atenderão demandas processuais e pré-processuais, atuando na prevenção, no tratamento e na solução de conflitos acerca de qualquer matéria, cabendo aos Centros a escolha da metodologia mais adequada ao caso, dentre os meios diversos disponíveis, em especial a conciliação, a mediação e as práticas de justiça restaurativa.

Segundo dados obtidos junto ao sitio eletrônico do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul atualmente já foram instalados Centros Judiciários na capital e em 16 comarcas das 163

existentes no interior do Estado, como Canoas, Caxias do Sul, Frederico Westphalen, Lajeado, Novo Hamburgo, Passo Fundo, Pelotas, Rio Grande, Santa Cruz do Sul, Santa Maria, Santa Rosa, Santana do Livramento, Santo Ângelo, Sapiranga, Sapucaia do Sul e Taquara.

O Novo CPC também define textualmente entre os §§2º e 3º do mesmo art. 165 a função dos mediadores e dos conciliadores auxiliando na distinção dos dois institutos, delimitando seus papéis e auxiliando na condução dos conflitos que podem ser tratados seja pela conciliação, seja pela mediação.

A diferenciação entre mediação e conciliação também auxilia a escolha do mecanismo mais adequado ao tratamento do conflito. Desse modo, a mediação é mais aplicada e tem melhores resultados em relações ditas continuadas, ou seja, aquelas que se manterão ao longo da história dos conflitantes como é o caso das relações de parentesco, relações conjugais e de amizade. Já a conciliação se mostra eficaz em relações esporádicas, delimitadas e recortadas em determinado espaço de tempo. Exemplo típico são os conflitos que envolvem relações de consumo. (SPENGLER, 2016, p. 106)

Na sequência o art. 166 do Novo CPC traz uma gama de princípios orientadores da mediação e da conciliação completando o que estabelece a Lei nº 13.140, de 26 de junho de 2015, conhecida como “Lei da Mediação”, que entrou em vigor em 26 de dezembro de 2015, e que em seu artigo 2º estabelece que a mediação é orientada pelos princípios da “imparcialidade do mediador, isonomia entre as partes, oralidade, informalidade, autonomia da vontade das partes, busca do consenso, confidencialidade, boa-fé” e que “ninguém será obrigado a permanecer em procedimento de mediação” (BRASIL, 2015).

Salienta-se que os procedimentos da mediação não possuem uma forma pré-estabelecida e ritualizada, como os processos judiciais, que tem um procedimento previsto para cada ato processual. Assim, é possível adaptar as sessões de mediação, com a escolha da melhor técnica ao tipo de conflito e os interesses envolvidos.

Nesse sentido, a Lei nº 13.140/2015 ao dispor e regulamentar a mediação como meio de solução de controvérsias, judiciais ou extrajudiciais, funda o método alternativo nos princípios acima mencionados, convocando o mediador, imbuído do espírito dialogal da mediação, a assumir a condução do procedimento podendo, conforme o que estabelece o artigo 19 da Lei “reunir-se com as partes, em conjunto ou separadamente, bem como solicitar das partes as informações que entender necessárias para facilitar o entendimento entre aquelas.” (BRASIL, 2015).

Daí o papel proativo do mediador que deve possuir ou desenvolver certas habilidades, o que não significa dizer que apenas pessoas com um perfil específico possam ser mediadoras, pelo contrário, como destaca Azevedo (2009, p. 59)

o processo de mediação é flexível o suficiente para se compatibilizar com diversos tipos de personalidades e maneiras de proceder. Assim, entende-se que apesar de ser mais eficiente selecionar pessoas para serem treinadas como mediadores com base em suas características pessoais, as habilidades autocompositivas são adquiridas predominantemente por intermédio de um adequado curso de técnicas autocompositivas.

Nesse sentido, para buscar melhorar ou restabelecer a comunicação entre os sujeitos envolvidos no conflito, o mediador deve se valer do uso de um conjunto de técnicas de mediação que incluem a escuta ativa, a empatia, o parafraseamento ou reflexão, o *feedback*, as perguntas abertas, a observação das expressões, anotações e sessões individuais (BRAGA NETO, 2012).

Sabe-se, no entanto, que não há um processo formal e rígido a ser seguido, porém a utilização das técnicas possibilita ao mediador desenvolver a mediação de modo a permitir o restabelecimento do diálogo. Inspirado nos ensinamentos de Vezzulla para quem a mediação pode ser dividida em sete fases, Braga Neto (2012) descreve o procedimento em oito etapas: pré- mediação, abertura, investigação, agenda, criação de opções, avaliação das opções, escolha das opções e solução.

Sintetiza o autor dizendo que

Inicialmente a preparação envolve o esclarecimento sobre o processo e sua aplicabilidade ao caso e a adesão dos envolvidos. Em seguida, procede-se a uma análise das questões pertinentes ao conflito. [...] Uma vez conhecida toda a complexidade das questões identificadas durante o diálogo desenvolvido, são elencados, sob consenso, todos os pontos diretos ou indiretos do conflito – enfim, o que se deseja efetivamente resolver. Para cada tema elencado, há que se pensar em alternativas de solução, uma vez que quanto mais possibilidades existirem, mais fácil a escolha do que é melhor e mais adequado aos motivadores dos envolvidos no conflito. Dessa maneira, ampliam-se as possibilidades de alcance de soluções. (BRAGA NETO, 2012, p. 110)

É bom lembrar que a mediação trabalha com pessoas e, desse modo, mesmo com a utilização de todas as técnicas de mediação e observância das etapas que compõe o procedimento, a mesma poderá não resultar no produto desejado. (BRAGA NETO, 2012).

De qualquer forma, para os envolvidos é relevante que fique claro que a mediação não é um processo impositivo e o mediador não tem poder de decisão. As partes é que decidirão todos os aspectos do problema, sem intervenção do mediador, de modo autônomo, responsável e comprometido. Segundo Ribeiro (2005), por ser a mediação um instituto democrático, voluntário e pacificador, os resultados são de muita eficácia, pois se baseia no relacionamento entre as pessoas com base no entendimento comum, na busca das melhores soluções para os envolvidos.

Com o intuito de administrar as diferenças que surgem destas relações, se faz necessário o uso de um diálogo efetivo, inclusivo e respeitoso. Nesse sentido, a mediação torna-se uma ferramenta indispensável no que tange a administração dos litígios que decorrem das relações familiares, as quais são a tônica do Projeto de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: Alternativas Adequadas de Tratamento e Resolução”, desenvolvido pelo Curso de Graduação em Direito da Unijuí.

4 A Experiência do Projeto de Extensão

O projeto iniciou suas atividades no ano de 2012, junto ao Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito da Unijuí, na cidade de Santa Rosa/RS, tendo como um dos seus objetivos a discussão e a

aplicação prática da mediação pré-processual no âmbito civil, de modo a possibilitar e estimular a resolução de conflitos sem a necessidade de ingressar com pedido judicial.

As práticas extensionistas desenvolvidas no âmbito do projeto buscam a socialização de informações, a promoção da cultura da paz, a integração entre a Universidade e a comunidade externa, fomentando a criação e qualificação dos espaços públicos que garantam o exercício da cidadania e estimulem a autogestão dos conflitos por aqueles que os vivenciam.

Desde o início das atividades do projeto os conflitos familiares foram os mais frequentes, sendo a maioria deles relativos à guarda, alimentos para filhos menores, dissolução de união estável, separação, divórcio e partilha de bens.

Grande parte desses conflitos familiares decorrem da alteração das regras de convivência familiar vivenciadas nas últimas décadas, do reconhecimento de novos arranjos familiares e “de um rompimento com as atribuições que se esperam socialmente de um homem e de uma mulher” (MUSZKAT et. al, 2008, p. 36).

Nesse contexto, marcado pela complexidade e pela diversidade de modelos familiares se faz imprescindível o diálogo com vistas a constantes reajustes, “negociações e acordos entre os membros da família” (MUSZKAT et. al, 2008, p. 35), possibilitando o gerenciamento dos conflitos pelos próprios integrantes do núcleo familiar e evitando manifestações de violência.

No entanto, o gerenciamento dos conflitos pelos próprios integrantes da família nem sempre ocorre, sendo necessária a intervenção e o auxílio de um terceiro, momento em que as atividades desenvolvidas pelo projeto se apresentam como adequadas para resgatar/facilitar o diálogo, estimular a busca pelo acordo e pela construção de alternativas às divergências inerentes ao relacionamento familiar.

A mediação desenvolvida pelo Projeto de Extensão trabalha os sentimentos que estão subjacentes ao conflito aparente, desvelando para os envolvidos quais são os pontos de convergência de seus discursos e permitindo a geração de soluções baseadas no diálogo e no reconhecimento mútuo das necessidades de todos os envolvidos no conflito, pai, mãe, filhos, avós, ligados por laços de afetividade.

Assim, um dos principais objetivos com a aplicação da mediação na condução dos conflitos familiares é evitar que se tornem crônicos e impulsionem novos conflitos, assegurando a aplicação de uma justiça personalizada e participativa, na qual os próprios conflitantes, com liberdade, possam dialogar e ajustar os termos do acordo, deixando de transferir ao Poder Judiciário a incumbência de dar respostas a tais litígios, considerando que o conflito de natureza familiar não é essencialmente jurídico e legal, mas principalmente, social, afetivo, psicológico e emocional.

Desse modo, a mediação surge com implicações positivas, já que as medidas adotadas buscam a autocomposição das questões em disputa, buscando “aproximar as partes para discutir questões de

interesse mútuo ou não, observando e mediando pontos de vista convergentes e divergentes” (BRAGANHOLA, 2005, p. 72).

Liliane Maria Busnello Thomé (2010, p. 129) destaca que

A mediação representa uma ferramenta de concretude do princípio da dignidade da pessoa humana, trazendo para a solução dos conflitos familiares resoluções próprias dos envolvidos, inserindo-se nesta forma de solução de conflitos os princípios da solidariedade, da pluralidade, da isonomia, da liberdade e da autonomia de vontade nas relações familiares, possibilitando o desenvolvimento dos valores de cooperação, colaboração mútua, sem hierarquia entre as pessoas, com liberdade para escolherem, se responsabilizarem e se vincularem a ajustes próprios para suas famílias no momento da ruptura.

Em mais de quatro anos de trabalho verifica-se que as mediações conduzidas no âmbito do projeto têm tido resultados extremamente positivos, pois aqueles que optaram por participar da mediação conseguiram restabelecer o diálogo, mantendo os laços afetivos e o respeito mútuo.

Os resultados positivos decorrentes das mediações não ficam restritos a um determinado conflito, considerando que com o empoderamento dos envolvidos, as novas divergências/conflitos passam a ser administrados no seio familiar e, em outras situações, os envolvidos retornam voluntariamente ao Projeto com o intuito de realizarem novos ajustes e dialogar a respeito de novos fatos que ocorreram após o primeiro atendimento.

Ademais, percebe-se que o tratamento dos conflitos familiares deve levar em consideração questões como a preservação dos laços afetivos e os interesses de todos os envolvidos, os quais, muitas vezes, são subjacentes e de difícil identificação, exigindo bastante atenção, experiência e sensibilidade do mediador na condução do procedimento. Nesse sentido, as sessões de mediação se constituem em um espaço apropriado para o diálogo e exposição dos sentimentos.

Em termos metodológicos o projeto se desenvolve em cinco etapas. A primeira etapa consiste na triagem dos casos que chegam ao Escritório de Prática Jurídica do Curso de Direito, campus Santa Rosa-RS. São agendadas entrevistas de usuários, parcela carente da população local, especialmente com questões de direito de família, para a análise do possível encaminhamento à sessão de mediação. Essa triagem é realizada por um mestrando (bolsista) do Curso de Mestrado em Direitos Humanos da Instituição, conjuntamente com um aluno da graduação vinculado ao Projeto de Extensão, com a supervisão das professoras extensionistas.

No segundo momento, constatada a possibilidade de realizar a mediação em razão do diagnóstico da natureza do conflito, bem como da voluntariedade do usuário, imediatamente as entrevistadoras realizam o contato com o outro mediando, convidando-o para participar da sessão de mediação. Com o aceite do convite, a sessão de mediação é agendada em prazo nunca superior a dez dias, contados do aceite.

A terceira etapa ocorre no dia e hora designados para a realização da sessão de mediação. Presentes os mediandos, os mesmos são recebidos pela mediadora professora e pela co-mediadora bolsista, em sala de mediação adequadamente montada para o desenvolvimento das técnicas de mediação. Aos mediandos são esclarecidos os objetivos da mediação e os princípios norteadores, além de colhido o compromisso de participarem da sessão de modo colaborativo. Nas sessões é possível a participação de observadores, alunos da graduação em estágio obrigatório, os quais firmam termo de confidencialidade e além de avaliarem o trabalho dos mediadores, preenchem relatório buscando destacar as posições, interesses e sentimentos dos mediandos, bem como as técnicas utilizadas ao longo da sessão. Em havendo necessidade pode ser agendada mais de uma sessão de mediação.

O quarto momento consiste, quando possível, na realização do acordo, com a lavratura do termo e encaminhamento para a homologação judicial. Caso a mediação não resulte em um acordo, em função dos impedimentos previstos na Lei de Mediação para a atuação do mediador como procurador judicial, os mediandos são encaminhados a Defensoria Pública da Comarca.

Finalmente, a quinta etapa, ocorre após o encerramento da sessão de mediação, com a aplicação de questionário de avaliação da(s) sessão(ões) de mediação, bem como coleta de informações sobre essa forma de resolução de conflitos.

Além das sessões de mediação, desde o ano de 2015 o projeto tem voltado esforços no sentido de difundir a prática da mediação nos mais diversos contextos, realizando oficinas e círculos de diálogo em escolas e Centros de Referência e Assistência Social do município de Santa Rosa-RS, o que pode ser um elemento de transformação da vida das pessoas com o exercício de virtudes como a cooperação, solidariedade e harmonia social e, conseqüentemente fomentar uma cultura de paz no âmbito familiar, das escolas e da comunidade em geral.

Tais atividades têm como foco conscientizar e capacitar os participantes para o exercício da liberdade e para a responsabilização pelas suas escolhas. Além disso, são desenvolvidas ações que auxiliam no empoderamento dos indivíduos para que tenham capacidade de desenvolver, especialmente por meio do diálogo, formas de resolver os problemas decorrentes das relações sociais sem a judicialização dos conflitos, sem a necessidade de enfrentar longas e custosas demandas jurídicas, gerando uma qualidade de vida infinitamente melhor para as pessoas envolvidas.

Também vale ressaltar que a mediação de conflitos pré-processual, como a desenvolvida no projeto, pode ser um primeiro passo na construção de um Direito mais humano, mais ético, voltado ao resgate pessoal e social e, uma vez implementada, pode se revelar um fator de promoção e disseminação de uma cultura de paz nas relações humanas em geral.

5 Conclusão

O modelo jurisdicional moderno, marcado pela centralização do poder de “dizer o direito”, classificando condutas como “certas” e “erradas” em nome da segurança e da ameaça do “estado de guerra”, está em crise. Pela força não mais consegue dar respostas suficientes, eficientes e adequadas aos conflitos que batem suas portas.

A multiplicação das faces do direito, hoje além de jurídico, político, econômico, tecnológico, biológico, afetivo, denuncia a insuficiência da jurisdição encerrada em procedimentos standartizadores incapazes de ver o “outro” envolvido no conflito, que é genuinamente plural, não conceitual ou padronizado.

A neutralidade (ir)responsável da justiça vinda seus olhos para a essência humana do conflito, adotando uma postura de negá-lo, de redefini-lo como litígio, como demanda judicial. Tentado defender-se do ataque da diversidade, o judiciário perde forças para instâncias paralelas, novos ambientes de regulação e de deliberação, novos locais de produção do direito.

Nesse sentido, a mediação surge como um método revolucionário, tirando o sujeito envolvido no conflito das sombras impostas pelas marquises dos procedimentos judiciais. O conflito ganha uma identidade, um rosto e passa a permitir a expressão dos sentimentos. Sem a pretensão da extinção do conflito, a mediação o retoma, o compreende em sua essência, recuperando vínculos e permitindo o restabelecimento do diálogo interrompido.

A mediação não pretende ser substituta do Poder Judiciário, mas aliada e promotora de uma cultura de paz e de humanização de vínculos, valorizando os indivíduos, seus interesses, seus sentimentos, por meio de sua participação efetiva na construção de soluções possíveis e eficazes para os conflitos em que se insere.

Nesse sentido, vem sendo trabalhada a mediação no âmbito do Projeção de Extensão “Conflitos Sociais e Direitos Humanos: alternativas adequadas de tratamento e resolução”, acolhendo conflitos, em geral de natureza familiar, sob os quais se verifica a possibilidade e vontade dos envolvidos para a aplicação da mediação. Empoderados, os mediandos desvelam sentimentos que estão subjacentes ao conflito aparente afetando e se deixando afetar pelo outro em uma dimensão ética de responsabilidade de um para o outro e não de um em relação ao outro.

Referências

- AZEVEDO, André Goma. **Manual de Mediação Judicial de Conflitos**. Ministério da Justiça do Brasil, 2009.
- BAPTISTA de MELLO e NETO, João e Souza. **Mediação em Juízo**, 2ª edição, São Paulo, Editora Altas, 2012.
- BRAGA NETO, Adolfo; SAMPAIO, Lia Regina Castaldi. **O que é Mediação de Conflitos**. Coleção Primeiros Passos: 325. São Paulo: Brasiliense, 2007.

- BRAGANHOLLO, Beatriz Helena. **Novo desafio do direito de família contemporâneo: a mediação familiar**. R. CEJ, Brasília, n. 29, p. 70-79, abr./jun. 2005.
- BRASIL. Lei n. 13.140, de 26 de junho de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13140.htm. Acesso em 18 de outubro de 2015.
- BRASIL. Lei n. 13.105, de 16 de março de 2015. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13105.htm. Acesso em 18 de outubro de 2015.
- CALMON, Petrônio. **Fundamentos da mediação e da conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2007.
- ESPÍNDOLA, Ângela Araújo da Silveira. Entre a Sustentabilidade e a Futilidade: a Jurisdição, O direito e o Imaginário Social do Juiz. In: **Os Modelos de Juiz: ensaios de direito e literatura**. São Paulo: Atlas, 2015.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSELHO DA MAGISTRATURA. **Resolução nº 1026/2014**. Disponível em <http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/nucleo.html>. Acessado em março/2016.
- ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA. CONSELHO DA MAGISTRATURA. **Resolução nº 1124/2016**. Disponível em: <http://www.tjrs.jus.br/site/processos/conciliacao/nucleo.html>. Acessado em março/2016.
- LUCAS, Douglas Cesar. A crise funcional do Estado e o cenário da jurisdição desafiada. In: Morais, José Luis Bolzan de. **O Estado e suas Crises**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MATIAS, Eduardo Felipe P. **A humanidade e suas fronteiras**. São Paulo: Paz e Terra, 2005.
- MORAIS, Jose Luis Bolzan; SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação e arbitragem: alternativas à jurisdição!** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- MUSZKAT, Malvina E.; OLIVEIRA, Maria Coleta.; UNBEHAUM, Sandra; MUSZKAT, Susana. **Mediação Familiar transdisciplinar: uma metodologia de trabalho em situações de conflito de gênero**. São Paulo: Summus, 2008.
- RESTA, Eligio. **Direito Fraternal**. Trad. Sandra Regina Matini Vidal. Santa Cruz do Sul: Unisc, 2004.
- ROCHA, Leonel Severo. O direito na forma de sociedade globalizada. In: **Anuário do Programa de Pós-Graduação em Direito da Unisinos**. São Leopoldo: Unisinos, 2001.
- SALES, Lília Maia de Morais. **Justiça e mediação de conflitos**. Belo Horizonte, Del Rey, 2004.
- SALES, Lília Maia de Morais. **Mediação de Conflitos**. Família, Escola e Comunidade. Florianópolis, Conceito Editorial, 2007.
- SPENGLER, Fabiana Marion. O conflito, o monopólio da estatal de seu tratamento e as novas possibilidades: a importância dos remédios ou os remédios sem importância? In: Spengler, Fabiana Marion; Lucas, Douglas Cesar. **Conflitos, Jurisdição e direitos humanos**. (Des)apontamentos sobre o cenário social. Ijuí: Unijui, 2008.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Da Jurisdição à Mediação: por uma outra cultura no tratamento de conflitos**. Ijuí: Editora Unijui, 2010.
- SPENGLER, Fabiana Marion. **Mediação de Conflitos: da teoria à prática**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2016.
- THOMÉ, Liane Maria Busnello. **Dignidade da pessoa humana e mediação familiar**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- VEZZULLA, Juan Carlos. A mediação. O mediador. A justiça e outros conceitos. In: OLIVEIRA, Ângela (Coord.). **Mediação – Métodos de Resolução de Conflitos**, n. 1. São Paulo: LTr, 1999.
- WOLKMER, Antonio Carlos. **Pluralismo jurídico: o novo paradigma da legitimação**. São Paulo: Alfa-Omega, 2001.



A MEDIAÇÃO EXTRAJUDICIAL E SEUS DESDOBRAMENTOS NO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA DA UNIVERSIDADE FEDERAL DE ALAGOAS

Gárdia Rodrigues Silva¹

RESUMO: Neste trabalho, o olhar é direcionado para um dos mecanismos de acesso à justiça alçado à pauta das agendas sociojurídicas contemporâneas: a mediação de conflitos. Para tanto, esse olhar é construído a partir de um viés teórico, que recai sobre a análise de algumas condições que avigoram a emergência desse instrumento na cultura jurídica; e de um viés mais empírico, que recai sobre a análise dos contornos da prática de mediação junto ao Núcleo de Prática Jurídica, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas, mais especificamente, junto ao Escritório Modelo de Assistência Jurídica – EMAJ/FDA/UFAL.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Mediação de Conflitos. Núcleo de Prática Jurídica.

ABSTRACT: In this work, its purpose is to present a view at one of the mechanisms of access to justice embossed on the agenda of socio-legal contemporary schedules: conflict mediation. To that end, this glance is built from a theoretical bias, which lies on the analysis of some conditions that engendered the exigency of this instrument in the legal culture; as well as an empirical bias, which lies on the analysis of the practice of mediation contours with the Núcleo de Prática Jurídica – NPJ, from the Law School of the Federal University of Alagoas - UFAL, more specifically, along with the Escritório Modelo de Assistência Jurídica – EMAJ.

Keywords: Access to Justice. Conflict Mediation. Núcleo de Prática Jurídica.

1 Introdução

[...] os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico; [...] mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito, é necessário que a pessoa se disponha a interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das classes mais baixas hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal; [...] quanto mais baixo é o estrato socioeconômico do cidadão, menos provável é que conheça advogado ou que tenha amigos que conheçam advogados, menos provável é que saiba onde, como e quando pode contratar o advogado, e maior é a distância geográfica entre o lugar onde vive e a zona da cidade onde se encontram os escritórios de advocacia e os tribunais (SANTOS, 1989, p. 49).

¹ Graduada em Ciências Jurídicas e Sociais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direitos Humanos pela Universidade Federal do Rio Grande Sul (UFRGS) e pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU). Mestre em Sociologia pela Universidade Federal de Alagoas (UFAL). Doutoranda em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (UFF). Sócia-fundadora e Colaboradora do Projeto Acadêmico-Social Liga dos Direitos Humanos (FACED-UFRGS). Advogada Orientadora do Núcleo de Prática Jurídica, da Faculdade de Direito, da Universidade Federal de Alagoas (EMAJ/ FDA/ UFAL). Integrante do Laboratório Fluminense de Estudos Processuais (LAFEP/UFF).

Em um país marcadamente heterogêneo e profundamente desigual como o Brasil, dificuldades de acesso a uma série de direitos perpassam a experiência histórica nacional. Na pesquisa em tela, a atenção é voltada para um desses direitos: o acesso à justiça. O excerto em destaque, de Boaventura de Sousa Santos, aponta alguns entraves para a reivindicação de direitos e/ou a solução de litígios perante as instâncias judiciárias. Quando reivindicados, o vultoso número de processos, o excessivo formalismo das práticas forenses e a morosidade processual são outros obstáculos que circunscrevem a tramitação de uma ação judicial. Na contemporaneidade, para a redução da judicialização dos conflitos e para a democratização do acesso à justiça, muitas são as mudanças consubstanciadas na/pela cultura jurídica.

Com efeito, transformações sociais, econômicas, políticas e culturais ensejam redefinições de contextos e conceitos. Para acompanhar os novos cenários, novos delineamentos são tecidos pelo Direito e, por conseguinte, novos eixos temáticos são consolidados, assim como novas hierarquias valorativas são instauradas. Das transformações ocorridas durante os últimos anos, o recrudescimento dos movimentos em defesa dos direitos humanos e em defesa do acesso à justiça merece realce. Dessas lutas político-culturais, advém uma reflexão crítica sobre a estrutura jurídica vigente, e a ideia de um Direito plural, presente de diferentes formas em distintos espaços, é difundida.

A partir da imbricação entre Sociologia e Direito, os operadores jurídicos buscam tecer abordagens mais críticas do Direito, “identificando os pressupostos ideológicos da dogmática jurídica implícitos na cultura ‘técnica’ dos operadores dos códigos, colocando em novos termos o conceito de ‘juridicidade’, retomando a discussão em torno do pluralismo jurídico” (FARIA; CAMPILONGO, 1991, p. 25-26). Para atenuar o descompasso entre os repertórios legais e a realidade brasileira ou, em palavras outras, para aproximar o Direito do cenário histórico-social em que se insere, um novo olhar é conferido para os contornos do acesso à justiça e, notadamente, para o emprego dos meios alternativos para o tratamento de conflitos.

Em face da densidade teórica e empírica alcançada pelo tema, neste trabalho, tem-se como propósito, em um contexto mais amplo, apontar algumas condições que avigoram a emergência desse novo eixo temático e, em um contexto mais específico, analisar os desdobramentos da mediação extrajudicial no tocante à efetivação do tratamento de conflitos em uma localidade periférica do país, mais especificamente, em Maceió, cidade que figura no rol das capitais brasileiras que apresentam os piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), de acordo com indicadores do Atlas do Desenvolvimento Humano, concebido pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD).

Para tanto, o presente texto está dividido em duas seções. A primeira delas contempla um viés mais teórico, com os marcos teóricos-conceituais relativos ao estudo e, a segunda, um viés mais

empírico, com os resultados alcançados na pesquisa até o presente momento, a partir do trabalho de campo realizado junto ao Escritório Modelo de Assistência Jurídica, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (EMAJ/FDA/UFAL), aqui considerado como um “caso particular do possível”, isto é, como uma possibilidade para tratar do tema em um universo de configurações possíveis (BACHELARD, 1991). Nesse sentido, a primeira seção é construída por meio de pesquisa bibliográfica; a segunda é construída por meio de observação participante e a partir de dados coletados de fontes primárias e secundárias sobre o contexto estudado – Maceió/AL, o espaço – EMAJ, e a prática – mediação de conflitos.

2 Um olhar sobre o acesso à justiça: a mediação de conflitos

Ao longo dos anos 1960 e seguintes, importantes estudos voltaram a atenção para o acesso à justiça e seus desdobramentos. O relatório do Projeto de Florença, consubstanciado no livro *Acces to Justice: The Worldwide Movement to Make Rights Effective*, sob os auspícios de Mauro Cappelletti e Bryant Garth, é uma referência para o movimento em comento. A obra *Acesso à Justiça*, publicada no Brasil já nos anos finais de 1980, traz uma compilação das investigações realizadas pelos autores sobre o funcionamento de sistemas judiciários de alguns países, como, Itália, França, Espanha, Portugal, Estados Unidos, entre outros e, nessa direção, trata desde a evolução do conceito de acesso à justiça, até os obstáculos e as soluções para alcançar tal direito.

Depreende-se que de uma perspectiva de acesso formal, o referido conceito passa a ser acolhido a partir de uma perspectiva de acesso material, e é apontado como o “requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno que pretenda garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos” (CAPPELLETTI; GARTH, 2002, p. 5). Para superar obstáculos econômicos, organizacionais e procedimentais, Cappelletti e Garth apresentam algumas soluções ou “ondas renovatórias”, a saber, a criação da assistência judiciária gratuita, com a extensão de serviços jurídicos àqueles desprovidos de recursos para custeá-los; a inclusão de interesses difusos como objetos de proteção jurídica; o acesso à justiça efetivo, com a reforma dos modelos em voga.

É de registrar-se que o Brasil não está no rol de países investigados por Cappelletti e Garth. Em uma releitura do tema, a partir de uma experiência brasileira, os estudos empíricos de Boaventura de Sousa Santos, realizados em uma comunidade do Rio de Janeiro, com o nome fictício de Pasárgada, acrescentam obstáculos sociais e culturais ao acesso à justiça. Em *O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica* (1988), Santos desvela uma realidade que, diante do distanciamento entre as instituições e a sociedade, abarca a adoção de outros procedimentos para a resolução de conflitos, distintos dos procedimentos estatais.

Outros estudos críticos também realçam a necessidade de problematizar a relação entre direito e

justiça na tessitura brasileira, entre eles, destacam-se os de Roberto Lyra Filho. Nessa direção, a concepção de acesso à justiça adotada neste trabalho é um amálgama desses textos e contextos, em outras palavras, trata-se de uma concepção ampla, de um direito não adstrito ao acesso aos órgãos judiciários, eis que abrange equivalentes jurisdicionais adequados ao tratamento de conflitos, e revela um sentido axiológico em consonância com uma ordem jurídica mais justa.

Instituições, manifestações e movimentos sociais; disputas, interesses e jogos de poder; relações com o Estado, tomadas de posição e formações discursivas, são algumas nuances que atravessam o campo jurídico. A partir dos delineamentos traçados por Pierre Bourdieu, o campo aqui é entendido como um espaço atravessado por forças, ao cingir os indivíduos nele inseridos, e um espaço de lutas, no qual os indivíduos atuam consoante as suas posições, mantendo ou modificando sua estrutura (BOURDIEU, 1996; 1998). Como corolário de tal entendimento, práticas e discursos jurídicos podem ser tomados como produtos desse campo, perpassado por relações de forças que o estruturam e por uma lógica que demarca os espaços possíveis do Direito (BOURDIEU, 1989).

O alcance do acesso à justiça requer uma reconfiguração do campo jurídico, com redefinições de institutos e categorias processuais. No rol dos mecanismos alternativos, a mediação, paulatinamente, vem sendo considerada um eixo estratégico para o tratamento de conflitos, e dessa prática decorrem transformações relevantes para a sociedade. É a partir do conflito que desponta a possibilidade de uma construção continuada da dimensão subjetiva do indivíduo. Como aponta Norbert Elias (1994), os indivíduos existem em configurações, e constituem, de um modo ou de outro, teias de interdependência, redes de inter-relações: “o entrelaçamento das dependências dos homens entre si, suas interdependências são o que os ligam uns aos outros”, e “a sociedade é o próprio entrelaçamento das interdependências formadas pelos indivíduos” (1994, pp. LXVII-LXVIII). Interdependências e entrelaçamentos perpassam essas configurações, tecidas por uma trama de interações, por um conjunto de possibilidades de relações, do qual faz parte o conflito.

Para Elias (1986; 1994), o conflito é inerente às relações sociais, e essas relações estão em constante processo de construção e reconstrução. Na mesma direção, Georg Simmel (1983) assinala que a sociedade é o produto das interações entre os indivíduos. O autor vale-se do conceito de sociação para designar as formas e/ou modos pelos quais os indivíduos se relacionam. Essas interações sociais e relações de interdependência não reverberam apenas uma convergência de interesses entre aqueles envolvidos, mas também relações de conflito. Nesses moldes, “se toda interação entre os homens é uma sociação, o conflito [...] deve certamente ser considerado uma sociação” (SIMMEL, 1983, p. 122). Nos tempos contemporâneos, Luís Alberto Warat (2001) acompanha esses posicionamentos ao referir que os indivíduos são interdependentes e a sociedade é o produto desses vínculos.

A mediação tem como propósito a aproximação das pessoas interessadas no tratamento do

conflito, aqui entendido como conjunto de condições psicológicas, culturais e sociais que promovem um embate de atitudes e interesses no relacionamento entre indivíduos. Cabe destacar que outra visão do conflito, mais positiva, como algo que é inerente à condição humana, confere suporte à mediação. A dicotomia vencedor/perdedor da demanda é substituída pela busca de uma composição consensual no formato vencedor/vencedor, mediante um processo em que cada parte expõe seus interesses e suas necessidades. De acordo com Warat (2001), a mediação é um processo de reconstrução simbólica do conflito, no qual as partes, auxiliadas por um mediador, podem elucidar as diferenças mediante uma reinterpretação do conflito.

Para Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2010), para que haja mediação é necessário que coexistam três elementos essenciais: partes em conflito, contraposição de interesses e um terceiro neutro para auxiliá-las. Trata-se de um trabalho artesanal (PINHO, 2010), e ao mediador compete assistir, de forma imparcial e não autoritária, às partes no tocante ao redimensionamento do conflito: “chamar, para o lugar das transferências, o outro ou os outros envolvidos no conflito, tentando que cada um, olhando-se a partir do olhar do outro, possa transformar-se, reencontrando-se em suas pulsões de vida” (WARAT, 2001, p. 86).

Águida Arruda Barbosa (2010) ressalta que a mediação é um “instrumento à concretização dos ideais de distribuição de justiça, privilegiando as diferenças, pelo acolhimento e reconhecimento do conflito em sua mais ampla concepção”. Feitas essas considerações, é possível inferir que essa prática é voltada para a autonomia, para a possibilidade de emancipação do indivíduo, e para o exercício da cidadania. Dito de outro modo, os indivíduos colocam em prática a “capacidade de administrar as diferenças do desejo e do saber” (WARAT, 1998, p. 37) e “tomam a palavra – tornando-se capazes de volver os olhos para o futuro – em lugar de aprisionar o olhar no passado – e, assim, passam a narrar os projetos para uma nova fase da vida” (BARBOSA, 2010).

3 Os desdobramentos da mediação extrajudicial em uma localidade periférica do país

Sob o viés formal, o acesso à justiça é assegurado pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; sob o viés material, instrumentos alternativos à prestação jurisdicional pelo Estado figuram, cada vez mais, como importantes meios para alcançá-lo. Com o advento da mediação, diante da “cultura da sentença” (WATANABE, 2007), marcada pela judicialização dos conflitos, elevado número de demandas, recursos humanos insuficientes, falta de celeridade processual, dificuldade de ingresso em juízo por pessoas desassistidas, entre outros demarcadores, busca-se uma “cultura da pacificação social”, fundada em uma ferramenta mais célere, menos dispendiosa e mais humana para o alcance da justiça.

Inovações nos textos normativos, trazidos tanto pela Resolução n.º 125/2010 do Conselho

Nacional de Justiça (CNJ), pelo novo Código de Processo Civil – Lei n.º 13.105/2015, assim como pela Lei de Mediação e Arbitragem – Lei n.º 13.140/2015, e inovações no entendimento de alguns termos, a exemplo da noção de conflito, conformam uma nova formação discursiva (FOUCAULT, 1997). Essas novas leituras são determinadas no tempo e no espaço, mais especificamente, em uma dada época – nos tempos contemporâneos, e para uma dada área – o campo jurídico, exercendo uma função enunciativa e promovendo mudanças na balança de poder (ELIAS, 1994). Trata-se de uma possibilidade de empoderamento do indivíduo,² mediante a participação real e simbólica no tratamento de conflitos, com fulcro na dignidade da pessoa humana,³ enquanto fio condutor de um Estado Democrático de Direito.

Acompanhando essa conjuntura, em consonância com as novas matrizes curriculares dos cursos de Direito, nos termos da Resolução CNE/CES nº 09/2004 e alterações posteriores, editadas pelo Ministério da Educação, e em contraposição ao ensino jurídico tradicional e conservador, ancorado em uma prática adversarial e litigiosa de tratamento de conflitos, a Faculdade de Direito da Universidade Federal de Alagoas (FDA-UFAL) incorpora ao currículo disciplinas e um Núcleo de Prática Jurídica (NPJ) voltados para o emprego de meios alternativos para o tratamento de conflitos. O NPJ, juntamente com o Tribunal de Justiça de Alagoas (TJ-AL), abriga a segunda maior atividade de extensão da Universidade: o Fórum Universitário/Escritório Modelo de Assistência Jurídica (EMAJ).

É de registrar-se que o empreendimento em tela, urdido com recursos do Fundo Especial de Modernização do Poder Judiciário (FUNJURIS), faz parte de um projeto de regionalização do acesso à justiça, com a construção de fóruns regionais em áreas com elevados contingentes populacionais. No EMAJ, a partir da prática discente, sob os auspícios de docentes e advogados orientadores, e com ênfase na mediação de conflitos, é prestada assistência, anualmente, a milhares de pessoas hipossuficientes, residentes nas imediações do *campus*, uma das regiões mais vulneráveis da cidade de Maceió, e que conta com mais de 200 mil habitantes.

² Empoderamento aqui remete à ideia de “desenvolvimento como liberdade”, delineada por Amartya Sen (2000), em termos políticos, sociais, morais, econômicos, com ênfase nos direitos humanos.

³ Entendida “como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida” (SARLET, 2009, p. 67).

3.1 Do contexto: Maceió – Alagoas

Conforme indicadores do *Atlas do Desenvolvimento Humano no Brasil* (2013), delineado pelo Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento (PNUD), Maceió figura no rol das capitais brasileiras que apresentam os piores Índices de Desenvolvimento Humano (IDH), índice esse aferido a partir da medição da renda, do nível educacional e da longevidade. Com uma estimativa de 1.013.773 habitantes, distribuídos em uma área de quase 510 Km², consoante dados do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE, 2015), nessa localidade do país, quase 40% da população é vulnerável à pobreza, ou seja, parte significativa da população auferia renda domiciliar *per capita* igual ou inferior a R\$ 255,00 (duzentos e cinquenta e cinco reais).

Dados do Censo (2010) revelam que aproximadamente 5% da população vivia em situação de extrema pobreza, ou seja, auferia renda domiciliar *per capita* de até R\$ 70,00 (setenta reais) no ano correspondente ao levantamento. “Na análise do PIB *per capita*, principal *proxy* de riqueza utilizada para comparar economias, do ponto de vista macroeconômico, verificou-se que Maceió é uma capital pobre, mesmo comparando-a dentro do Nordeste” (IPEA, 2013, p. 38). Em cotejo com as demais capitais nordestinas, Maceió apresenta um dos piores índices no tocante à proporção da população que vive abaixo da linha da pobreza, a saber, 15,2%, índice esse aferido a partir do indicador *proporção de pobres*, que é a razão entre o número de pessoas pobres e o total da população.

Em relação à *insuficiência média de renda*, indicador de pobreza que revela a quantia média a ser conferida a cada indivíduo em situação de pobreza para erradicar tal estado, o valor mensal correspondia aproximadamente a R\$ 49,03 (quarenta e nove reais e três centavos), em 2009, apenas com Aracaju e João Pessoa com maiores valores. Considerando outro indicador de pobreza – o *FGT*, desenvolvido por Foster, Greer e Thorbecke, que verifica a extensão e a intensidade da pobreza, Maceió ocupa o segundo lugar em termos de pobreza extrema, com índice de 0,0059, apenas com João Pessoa à frente, com índice de 0,0085 (IPEA, 2013). Elevados índices de concentração de renda e desigualdade também demarcam esse contexto. Em Alagoas, tem-se, de um lado, 1% da população mais rica (30 mil pessoas), com 28,4% da renda e, de outro, 50% da população mais pobre (1,5 milhões de pessoas), com somente 14% da renda. O *Índice de Gini*, coeficiente que indica a desigualdade, com variações de 0 (zero), quando não há desigualdade, a 1 (um), quando a desigualdade é máxima, correspondia a 0,576 em 2009, na cidade de Maceió (IPEA, 2013).

A capital alagoana também apresenta altas taxas de analfabetismo, desemprego e violência, baixa qualidade do sistema educacional, condições precárias de serviços de saúde, baixa cobertura de serviços de abastecimento de água e esgotamento sanitário, entre outros condicionantes (IPEA, 2013). Ainda, de acordo com indicadores do *Atlas de Acesso à Justiça no Brasil* (2014), delineado pela Secretaria de Reforma do Judiciário, junto ao Ministério da Justiça, Alagoas ocupa uma das piores

posições no *ranking* nacional em relação ao acesso à justiça. Como se vê abaixo, de 27 posições, o referido estado ocupa a 24^a posição, considerada a ponderação entre as dimensões institucionais (operadores e unidades) e socioeconômicas (população e IDH).

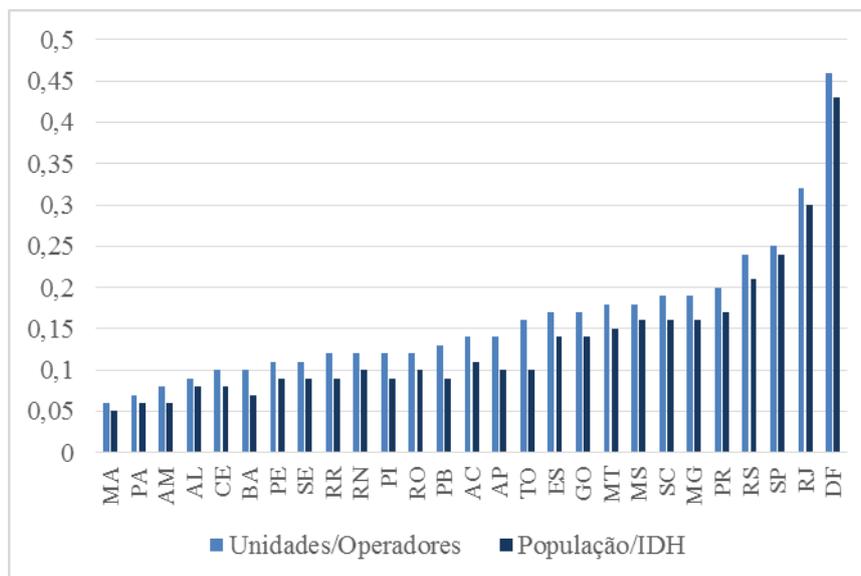


Gráfico 1 - Sistema de Justiça
Fonte: SRJ/MJ, 2014

3.2 Do espaço: Escritório Modelo de Assistência Jurídica

Diante dessa realidade, pautada por desigualdades de distintas ordens que determinam o contexto de Maceió, espaços como o EMAJ engendram uma possibilidade de acesso à justiça, seja pelo alcance geográfico – o escritório está localizado em uma área vulnerável da cidade; seja pela assistência jurídica gratuita – não há custos; seja pelo serviço jurídico prestado – em média, 50 pessoas são atendidas por dia e, desses atendimentos, advêm mediações, ajuizamento de ações e encaminhamentos/informações. Apesar de fundado em 1997, é a partir de 2001 que o EMAJ conta com instalações próprias e importante inserção na realidade local. Desde o referido ano, o escritório está localizado no Fórum Regional da UFAL – Professor José Cavalcanti Manso, que abriga a 26^a Vara Cível (Família) e o 8^o Juizado Especial Cível e Criminal (Relações de Consumo), da Comarca de Maceió, e conta com uma equipe multidisciplinar de discentes/estagiários, docentes, advogados, assistentes sociais, psicólogos, assistentes em administração, bolsistas e prestadores de serviços voluntários.

A assistência jurídica é prestada, sobretudo, a partir da prática discente, mais especificamente, a partir da realização do Estágio de Prática Jurídica – Escritório Modelo I e II, enquanto disciplinas obrigatórias da grade curricular do 9^o e 10^o períodos, do Curso de Direito. A cada semestre, o EMAJ conta com a presença de aproximadamente 150 discentes, matriculados nessas disciplinas, e também conta com a presença de outros discentes, do 7^o período, ao longo do curso da disciplina Estágio de

Prática Jurídica – Mediação. Questões familiares, questões relativas a relações de consumo e questões relativas a conflitos de vizinhança são tratadas pelo escritório. Os critérios para atendimento são a percepção de renda familiar mensal não superior a 5 (cinco) salários mínimos, e a residência em um dos bairros correspondentes à jurisdição territorial da 26ª Vara Cível/Família e do 8º Juizado Especial Cível e Criminal, ou seja, àqueles adjacentes ao *campus* da UFAL.

Nesse espaço, percebe-se que a preparação dos discentes para o exercício de suas funções profissionais é apoiada em uma formação humanista, mais crítica, e dotada de senso ético-profissional, aliado à responsabilidade social. Para além do viés pedagógico/curricular, percebe-se que esse espaço também apresenta um viés social, ao contribuir com a realidade local, através da democratização do acesso à justiça e a prestação de serviços à população economicamente vulnerável. Com a realização da presente pesquisa, depreende-se que essa contribuição advém, cada vez mais, da utilização de meios alternativos e adequados para o tratamento de conflitos. Isso porque a mediação extrajudicial não só aproxima a Universidade da sociedade e vice-versa, mas também acompanha as especificidades e as necessidades locais. A título exemplificativo, dado o elevado número de processos extintos, ajuizados pelo EMAJ, sobretudo por questões relativas aos endereços das partes, com a prática de mediação, visualiza-se maior possibilidade de desfecho para os conflitos.

3.3 Da prática: Mediação de conflitos

Em um primeiro momento, a partir do atendimento, é realizada uma triagem do caso apresentado ao discente. Após analisados os contornos do conflito, é identificado pelo discente se é cabível a mediação ou se é necessária a intervenção do Poder Judiciário. Se passível de mediação, o mecanismo é apresentado ao assistido através de breve explicação. Caso aceito, é marcada uma sessão de mediação e enviada uma solicitação de comparecimento para a outra parte. É de registrar-se que esta pesquisa está em andamento e até o presente momento foram recolhidos dados referentes ao ano de 2014. Em uma mensuração inicial, foram analisados os números de estagiários, atendimentos, mediações, ajuizamento de ações, entre outros dados referentes aos serviços prestados e aos contornos das demandas. Esses números foram alcançados a partir de documentos constantes nos arquivos do EMAJ, principalmente fichas de atendimento, termos de acordo e petições iniciais. As demais considerações são tecidas a partir de observação participante neste NPJ.

Conforme mostram os dados da tabela que segue, em 2014, foram realizados 3.771 atendimentos e, desses atendimentos, adveio a marcação de 511 mediações. Depreende-se que 332 casos mediados lograram êxito quanto ao tratamento dos conflitos, consubstanciados em termos de acordo. Em relação aos casos restantes, 46 restaram frustrados e em 133 não foram realizadas mediações por motivo de não comparecimento de alguma das partes. A partir do mapeamento dos

casos, de acordo com os dados dos gráficos a seguir, em relação ao número total de mediações, cerca de 65% referem-se a questões familiares, que versam, principalmente, sobre alimentos e divórcio consensual (outros casos referem-se à guarda, à regulamentação do direito de visita e ao reconhecimento de paternidade). Outros 35% correspondem ao pagamento de dívidas e a obrigações de fazer.

Dos demais atendimentos, adveio o ajuizamento de ações, 600 ações perante a 26ª Vara Cível/Família, e 774 ações perante o 8º Juizado Especial Cível e Criminal, já os números restantes correspondem a informações sobre processos em tramitação, informações de outra natureza e encaminhamento para outros órgãos. Ao cotejar os números de mediações realizadas e ações ajuizadas, percebe-se que os primeiros ainda são mais baixos do que os últimos. Entretanto, merece realce o elevado número de mediações realizadas com êxito: mais de 80% dos casos. Isso corrobora a importância e a efetividade da aplicação de métodos adequados para o tratamento de conflitos que não exigem intervenção judicial. Na mediação, os novos contornos conferidos à noção de conflito, traçados por um enfoque mais positivo, forjam a busca da construção do consenso pelos envolvidos no dissídio, não como partes *ex-adversa*, mas sim complementares, com responsabilidades compartilhadas e solidárias, considerados os fatores psicológicos, culturais e sociais atinentes ao contexto.

Tabela 1 - EMAJ em números: 2014

Indicadores	Números Totais	Números Fragmentados		
Estagiários	142	—		
Atendimentos	3.771	—		
Mediações	551	Positivas	Frustradas	Ausências
		332	46	133
Ações	1.374	26ª Vara Cível	8º Juizado	
		600	774	

Fonte: Elaboração da Autora, 2015.

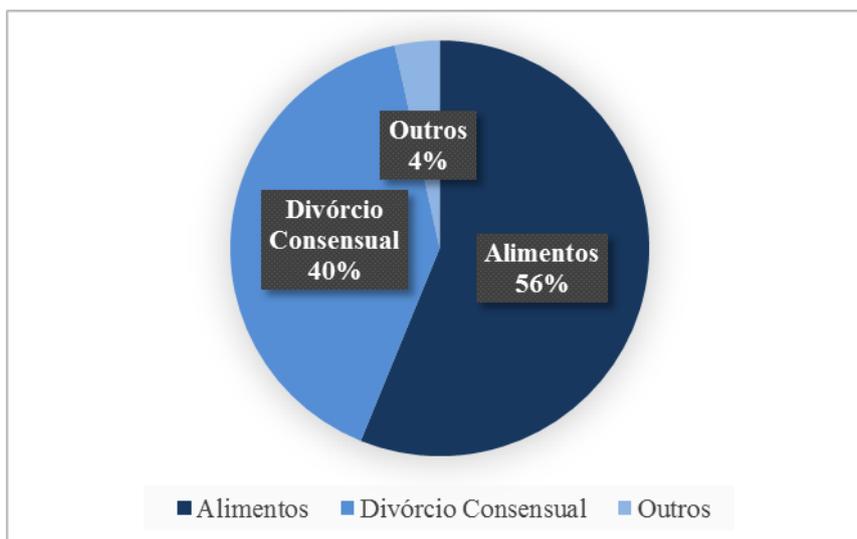


Gráfico 2 - Acordos Extrajudiciais: Direito de Família
 Fonte: Elaboração da Autora, 2015

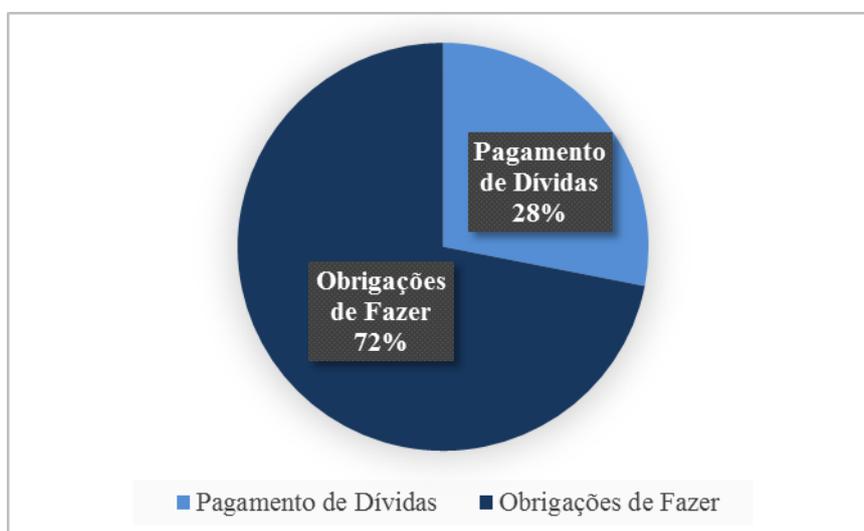


Gráfico 3 - Acordos Extrajudiciais: Outros
 Fonte: Elaboração da Autora, 2015

Nesse viés, o problema é exposto e interesses e motivações são colocados em pauta e ponderados. A partir disso, o olhar é direcionado para as possíveis soluções, sem quaisquer imposições e/ou determinações. O mediador tão somente auxilia no tocante à compreensão das pretensões de uma e de outra parte e à construção do diálogo. Às partes, é possibilitada uma participação ativa na composição da solução, na tomada das decisões e no desfecho dos conflitos. Em palavras outras, é possibilitada a gerência sobre seus conflitos.⁴ Percebe-se que, ao viabilizar o resgate da

⁴ Tal postura enseja uma série de desdobramentos para os indivíduos, entre elas: (1) consciência dos próprios comportamentos; (2) consciência das próprias reações ante as emoções; (3) conhecimento dos interesses pessoais; (4) conhecimento de suas crenças, valores, e atributos particulares; (5) reconhecimento da necessidade do outro; (6) criação de disponibilidade para acolhimento, compreensão das manifestações do outro; (7) aceitação de que existem diferentes percepções a respeito dos mesmos fatos e situações; (8) compreensão de que o conflito é inerente ao relacionamento interpessoal; (9) aceitação (não necessariamente concordância) da existência de inúmeras opções para o atendimento dos diferentes interesses; (10) compreensão de que na relação interpessoal a satisfação do interesse de cada um depende do atendimento do interesse do outro; (11) compreensão de que, em um conflito, cada uma das partes possui responsabilidades

responsabilização e da autoria das partes, com a mediação, a vontade deixa de ser do legislador ou do Estado-Juiz para o caso concreto, e passa a ser a vontade dos interessados. De uma aplicação vertical de um direito já pré-constituído, tem-se a construção de uma decisão horizontal.

Decisões, alinhavadas de forma negociada, com a conjunção de esforços e anseios, resultam em um empoderamento dos indivíduos. Para além disso, nota-se que essas decisões favorecem a continuidade das relações e um estreitamento dos laços, especialmente familiares. Outrossim, considerando os ganhos e os comprometimentos recíprocos, as decisões nesse formato adquirem maior legitimidade, maior possibilidade de cumprimento, maior celeridade e, com isso, maior efetividade. Para romper com a cultura do litígio e o ajuizamento de ações desnecessárias, a mediação figura como uma opção adequada para o tratamento de conflitos. Nas palavras de Warat, “em termos de autonomia, cidadania, democracia e direitos humanos, a mediação pode ser vista como a sua melhor forma de realização” (WARAT, 2004).

4 Considerações Finais

Dadas as singularidades do processo de modernização do Brasil, a devida atenção ao acesso à justiça só começa a ser concedida na atualidade. Acompanhar a configuração contemporânea das demandas sociojurídicas exige a adoção de uma nova postura em relação ao aludido tema. É preciso desmistificar a justiça, e valer-se de formas alternativas para o tratamento de conflitos. Instituições, manifestações e movimentos sociais; disputas, interesses e jogos de poder; relações com o Estado, tomadas de posição e formações discursivas, são algumas nuances que atravessam o campo jurídico.

O emprego do mecanismo em relevo, dotado de méritos próprios, pode ser visto como mais uma possibilidade de produzir mudanças sociais e subjetivas significativas, sobretudo, no que concerne às lacunas ou limitações estruturais do Poder Judiciário. Para os conflitos mediáveis, outros mecanismos de tratamento podem apontar soluções mais efetivas para o caso concreto. Dado que o acesso à justiça não é adstrito à inafastabilidade do Poder Judiciário e/ou à assistência jurídica, a mediação vem ocupando, cada vez mais, importante espaço na composição de litígios, eis que mediante esse procedimento, valores caros à efetivação dos direitos subjetivos restam resguardados.

Referências

BACHELARD, Gaston. **A Filosofia do Não – Filosofia do Novo Espírito Científico**. Lisboa: Presença, 1991.

BARBOSA, Águeda Arruda. *Mediação Familiar: Instrumento para a Reforma do Judiciário*. In: JÚNIOR, Marcos Ehrhardt; ALVES, Leonardo Barreto Moreira (Orgs.). **Leituras Complementares: Direito das Famílias**. Salvador: JusPodivm, 2010.

por seu desenvolvimento e pelas possíveis soluções; (12) reconhecimento de que é possível deixar de enfrentar o outro para que, num modelo cooperativo, seja possível uma união para o enfrentamento do problema (FIORELLI, 2004).

- BOURDIEU, Pierre. **A economia das trocas simbólicas**. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- BOURDIEU, Pierre. **Razões Práticas: Sobre a Teoria da Ação**. Campinas: Papyrus, 1996.
- BOURDIEU, Pierre. **O poder simbólico**. Rio de Janeiro: Bertrand do Brasil, 1989.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2002.
- ELIAS, Norbert. **O Processo Civilizador**. Uma História dos Costumes. Vol. I. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1994.
- ELIAS, Norbert. **Introdução à Sociologia**. Lisboa: Edições Setenta, 1986.
- FARIA, José Eduardo; CAMPILONGO, Celso. **A Sociologia Jurídica no Brasil**. Porto Alegre: Fabris, 1991.
- FIORELLI, José Osmir. **Psicologia na mediação**. São Paulo: LTR, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **O Poder Simbólico**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 1998.
- FOUCAULT, Michel. **A arqueologia do saber**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1997.
- PINHO, Humberto Dalla Bernardina de. Mediação: a redescoberta de um velho aliado na solução de conflitos. *In*: PRADO, Geraldo (Org.). **Acesso à Justiça: efetividade do processo**. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2005.
- SANTOS. Introdução à Sociologia da Administração da Justiça. *In*: FARIA, José (Org.). **Direito e Justiça: A função social do Judiciário**. São Paulo: Ática, 1989.
- SANTOS. **O discurso e o poder: ensaio sobre a sociologia da retórica jurídica**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1988.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Cia das Letras, 2000.
- SIMMEL, Georg. **Sociologia**. São Paulo: Ática, 1983.
- WARAT, Luís Alberto. **O Ofício do Mediador**. Florianópolis: Fundação Boêmios, 2001
- WARAT, Luís Alberto. **Em nome do acordo**. A mediação no Direito. Buenos Aires: Angra Impresiones, 1998.
- WATANABE, Kazuo. Tutela antecipatória e tutela específica. *In*: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo (Coord.). **A reforma do CPC**. São Paulo: Saraiva, 1996.



ACESSO À JUSTIÇA E MARC'S: estudos sociojurídicos nas Varas de Família do Município de Maceió/AL

Gustavo Borges Pereira Granja¹

Mylla Gabriely Araújo Bispo²

RESUMO: O presente estudo problematiza a temática do Acesso à Justiça nas Varas de Família do município de Maceió, apreciando as prováveis razões jurídico-estruturais que limitam uma prestação jurisdicional eficiente. Ademais, apontam-se alternativas aos meios tradicionais, como a conciliação e a mediação. Para tanto, recorre-se ao referencial norte-americano da Alternative Dispute Resolution (ADR), fonte teórica em destaque quando da implementação dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC's) no Brasil. Por fim, foram investigados, através de dados quantitativos e entrevista, o número de ações que ingressaram nas Varas de Família de Maceió entre 2012 e 2015 e os casos julgados, assim como a aplicabilidade dos meios consensuais perante o Poder Judiciário de Alagoas durante o período.

Palavras-chave: Acesso à Justiça. Varas de Família de Maceió. MARC's. Sociologia da Administração da Justiça.

ABSTRACT: This present study problematizes the issue of the Access to Justice, in the Family Judicial Courts of the town Maceió, analyzing the likely structure legal reasons which limit an efficient adjudication. Besides, it is pointed alternatives to the traditional methods, like the conciliation and the mediation. To do so, this work refers to the American model Alternative Dispute Resolution (ADR), highlighted theoretical source by the time of the implementation of the Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC's) in Brazil. Lastly, through quantitative data and interview, it has been investigated the number of actions which entered the Family Judicial Court of Maceió between 2012 and 2015 and the judged cases, as well as the applicability of the consensual methods before the Judicial Power of Alagoas during this while.

Keywords: Access to Justice. Family Judicial Courts in the town Maceió. MARC's. Administration of Justice.

¹ Graduando em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Alagoas. Bolsista do Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica – PIBIC.

1 Introdução³

O texto que se segue é resultado de pesquisa de iniciação científica realizada entre os anos de 2013 e 2015. A produção intenta apresentar algumas considerações acerca do Acesso à Justiça, sobretudo através de dados coletados por meio de pesquisa empírica. Em que pese a dificuldade de transformar variáveis quantitativas em considerações teóricas sustentáveis, pretende-se aqui contribuir para uma sociologia da administração da justiça que não olvide considerar que a prestação jurisdicional estatal e a razoável duração do processo são direitos fundamentais por vezes conflituosos, de modo que se torna obrigatório considerá-los, a fim de que se evite a redução de toda a problemática a estatísticas ou à rapidez dos julgamentos.

Neste sentido, é possível pensar o conceito de Acesso à Justiça enquanto paradigma teórico em vistas à expansão dos mecanismos estatais para atender às demandas já ingressadas no Poder Judiciário ou, mesmo, àquelas que não alcançam a via judicial em face de fatores como os elevados custos processuais, o desconhecimento do auxílio jurídico gratuito ou a falta de confiança em uma prestação célere e eficaz. Acresce-se a este quadro o estímulo crescente quanto ao uso das práticas extrajudiciais, sejam coletivas ou individuais, uma ampliação do campo de abrangência que até então competia, especificamente, ao poder estatal.

Corroborar-se com o pensamento que aponta a responsabilidade do Estado na busca de soluções para otimizar a rapidez processual. A própria Constituição brasileira assegura a todos a razoável duração e a celeridade da tramitação dos processos, constituindo o Poder Judiciário como um pilar central da ordem democrática. Por isso, “a busca por soluções tornou-se um problema coletivo, de política pública” (SADEK, 2014, p. 64).

No que se refere ao desenvolvimento do conteúdo, será apresentada uma breve fundamentação teórica a partir da qual se entende o conceito de Acesso à Justiça, tal como o atual cenário de crise estrutural no Poder Judiciário brasileiro. Será destacado o corte espacial da problemática, com a finalidade de orientar o estudo para a análise do número de demandas, assim como para a quantidade de profissionais atuantes nas Varas de Família do município de Maceió.

Propõe-se uma maior valorização dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos (MARC´S), apontando as principais práticas utilizadas em nível nacional. Intenta-se recorrer aos estudos teóricos sobre o Alternative Dispute Resolution (ADR), entendendo-o como o modelo que vem sendo praticado no Brasil – embora se constate a presença de outras influências. Segue a pesquisa realizada em nível estadual sobre o ingresso e saída de processos – bem como a análise dos resultados obtidos

³ Agradecemos a Prof^a. Dr.^a Olga Jubert Gouveia Krell pela dedicação com que nos orientou quando da confecção das linhas que se seguem.

pelo Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania, quando se trata da aplicação dos MARC's – notadamente a conciliação e a mediação.

2 Problematização

Inicialmente, faz-se necessário apontar os estudos que fornecem as diretrizes para a apreciação da problemática. Tem-se, a partir da década de 80 a expansão dos estudos sobre Acesso à Justiça em nível nacional, sobretudo sob dois eixos principais. Conforme observa Junqueira,

De um lado, situam-se as pesquisas sobre o acesso coletivo à Justiça que marcam principalmente a primeira metade dos anos 80. De outro, encontram-se as investigações sobre formas estatais e não-estatais de resolução de conflitos individuais, nas quais ganham espaço os novos mecanismos informais - tais como os então denominados Juizados Especiais de Pequenas Causas - introduzidos pelo Estado a partir de meados da década de 80. (JUNQUEIRA, 1996, p. 2)

Neste sentido, deve-se registrar o entendimento de que é possível pensar o conceito de Acesso à Justiça enquanto paradigma teórico em vistas à expansão dos mecanismos estatais para atender às demandas já ingressadas no Poder Judiciário ou, mesmo, àquelas que não alcançam a via judicial em face de fatores como, por exemplo, o valor das custas processuais; o desconhecimento do auxílio jurídico gratuito por parte de quem a ele pode recorrer; a falta de confiança dos interessados quanto a uma prestação célere e eficaz. Acresce-se a este quadro, o estímulo crescente quanto ao uso das práticas extrajudiciais, sejam coletivas ou individuais, uma ampliação do campo de abrangência que até então competia, especificamente, ao poder do Estado.

Deste modo, será necessário adotar algumas premissas tais como as encampadas por Capelletti e Garth (1998, p. 3), à época dos estudos do *Florence Project*. Não obstante a amplitude temática, serão preconizadas as considerações sobre o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar os seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Ademais, ainda sob a margem estatal, pretende-se incluir a presença dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos, distinguindo-os através das fases pré-processual e processual.

Não é diferente a orientação dos Tratados Internacionais de Direitos Humanos em relação à necessidade de uma prestação jurisdicional em prazo razoável e dotada de efetividade. Em pelo menos três artigos da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), do qual o Brasil é signatário desde 1992, estão expressas as previsões de que qualquer pessoa tem o direito de ser julgada em prazo razoável, devendo ser os trâmites judiciais praticados de forma simples e rápida, ou, ainda, de qualquer modo a gerar efetividade às garantias individuais. Maximiza-se a necessidade de aplicação das normas previstas no documento legal, principalmente quando se está diante de situações de desrespeito aos direitos fundamentais reconhecidos pela Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXV).

O relatório anual desenvolvido pelo Conselho Nacional de Justiça, em 2015, aponta que no ano anterior cerca de 28,9 milhões de ações haviam sido lançadas ao Poder Judiciário. Destas, aproximadamente 28,5 milhões foram contempladas. Ressalta-se, para além da constatação do acúmulo de ações durante o balanço anual, que já se registrava, à época, o montante de 70,1 milhões de processos. Importa considerar que os dados expostos apresentam apenas o ambiente a partir do qual se pretende orientar, vez que seria necessária uma maior precisão em relação ao direcionamento da pesquisa.

Para esta tentativa, tem-se que no âmbito da Justiça Estadual, as demandas familiares estão dentre as mais recorrentes. Conforme o mesmo documento, no ano de 2014, cerca de 978.962 ações sobre alimentos; 623.358 de casamento; e 536.897 envolvendo relações de parentesco ingressaram em primeira instância em todo o Brasil.

Percebe-se que os índices introduzidos pelos relatórios do Conselho Nacional de Justiça explicitam a necessidade de os próprios órgãos estatais – em evidência o Poder Judiciário – estabelecerem soluções gerenciais, com a finalidade de tornar possível, ressalte-se, o princípio constitucional da razoável duração do processo.

Ainda sob este enfoque, corrobora-se o pensamento que aponta a responsabilidade do Estado em buscar soluções para reverter o quadro no qual se encontra o Poder Judiciário. Sadek reforça que

Constituição assegura a todos a razoável duração e a celeridade da tramitação dos processos e constitui o Poder Judiciário como um pilar central da ordem democrática. Nessa medida, a busca por soluções tornou-se um problema coletivo, de política pública. (SADEK, 2014, p. 64)

Faz-se oportuno sopesar, consoante a perspectiva de processualistas como Fredie Didier, que a autocomposição não deve ser vista como uma forma de diminuição do número de causas que tramitam no judiciário ou como técnica de aceleração dos processos. Decerto, a necessidade de acompanhamento das inovações no mundo jurídico após a incursão dos Métodos Alternativos de Resolução de Conflitos é notória. Finaliza o autor com o alerta em procedimentos de mediação e conciliação, ao desequilíbrio de forças entre os envolvidos (disparidade de poder ou recursos econômicos) Trata-se de fator que comumente leva um dos sujeitos a celebrar acordo lesivo a seu interesse. (DIDIER, 2015, p.280).

Desta forma, entende-se que o incentivo à propagação das novas formas encontradas para receber a crescente demanda de ações processuais ou reivindicações que sequer comportam configuração adequada para o controle judicial deve acompanhar a prerrogativa de que o Estado não pode afastar de si as pretensões dos cidadãos que acreditam não ser possível uma via alternativa àquilo que reivindicam. Além disso, é certo que nem todas as questões relevantes ao direito poderão ser solucionadas através dos métodos alternativos, avalie-se aquelas que versam sobre direitos sociais,

coletivos ou difusos. Nestes casos, preza-se pela participação ativa dos atores jurídicos responsáveis constitucionalmente para conduzir tais procedimentos.

3 Aspectos empíricos

Com o intuito de corroborar tal análise e trazer dados mais específicos a temática, foi realizada uma pesquisa empírica que objetivou avaliar o quantitativo de processos movimentados nas Varas de Família do município de Maceió no período entre 2012 e 2015. Destaca-se que a preferência dada às variáveis a seguir corresponde ao entendimento de que os processos se acumulam no decorrer dos anos em desproporção com a quantidade de ações transitadas em julgado. Todavia, considera-se como um fator propulsor de melhoramento na estruturação do trato com as demandas judiciais a circulação eletrônica dos autos processuais realizado pelo Sistema de Automação Judicial (SAJ), ainda que com várias ressalvas acerca das limitações estruturais e funcionais de todas as Varas de Família do município de Maceió.

Importa destacar que a maioria dos processos que são resolvidos na primeira audiência de Conciliação, Instrução e Julgamento se caracteriza por dispensar o trânsito em julgado. Desta forma, explica-se a quantidade reduzida de processos tecnicamente transitados em julgado nas tabelas a seguir. No entanto, os processos que necessitam de uma sentença do juízo competente têm curso processual mais prolongando, em diversos casos, ações que envolvem menores, por exemplo, passam por acompanhamentos interdisciplinares. Para isso, é necessário o compromisso de psicólogos e assistentes sociais, que auxiliam a decisões prolatadas. Além disso, é fundamental a intervenção do Ministério Público já que é da ordem jurídica essencial para a proteção dos interesses da criança e do adolescente.

Ressalte-se, ainda, que a 26ª Vara da Família está instalada no Fórum Universitário Professor José Cavalcanti Manso, ambiente onde os estudantes de direito da Faculdade de Direito de Alagoas realizam atividades de estágio obrigatório. Tem-se que muitos relatos de conflitos que chegam aos estagiários do Escritório Modelo terminam por ser encaminhados à Vara do local. Percebe-se que a prática dos métodos autocompositivos, embora em crescente mobilização, é prejudicada pelas dificuldades estruturais e culturais proporcionadas pelo ensino universitário, em específico pelo incentivo à resolução adversarial das lides.

VARA	ANO	PROCESSOS ENTRADOS	PROCESSOS EM ANDAMENTO ELETRÔNICOS	PROCESSOS JULGADO/TRANSITADO
22 ^a	2012	1273	938	110
23 ^a	2012	1282	1186	99
24 ^a	2012	1321	1189	74
25 ^a	2012	1475	1346	26
26 ^a	2012	1900	2288*	392
27 ^a	2012	1277	1361*	13

VARA	ANO	PROCESSOS ENTRADOS	PROCESSOS EM ANDAMENTO ELETRÔNICOS	PROCESSOS JULGADO/TRANSITADO
22 ^a	2013	1515	1309	68
23 ^a	2013	1528	1724	162
24 ^a	2013	1563	2128	127
25 ^a	2013	1013	1471	2
26 ^a	2013	2372	3401	415
27 ^a	2013	1481	2243	4

VARA	ANO	PROCESSOS ENTRADOS	PROCESSOS EM ANDAMENTO ELETRÔNICOS	PROCESSOS JULGADO/TRANSITADO
22 ^a	2014	1898	1352	89
23 ^a	2014	1785	1526	253
24 ^a	2014	1498	1989	129
25 ^a	2014	1247	956	14
26 ^a	2014	2865	1784	530
27 ^a	2014	1796	1302	27

VARA	ANO	PROCESSOS ENTRADOS	PROCESSOS EM ANDAMENTO ELETRÔNICOS	PROCESSOS JULGADO/TRANSITADO
22 ^a	2015	1328	804	29
23 ^a	2015	1303	3187	66
24 ^a	2015	1298	3092	0
25 ^a	2015	1063	1838	0
26 ^a	2015	2121	5756	104
27 ^a	2015	1298	4272	20

Observa-se, a partir das tabelas, um número crescente de processos entrados entre 2012 e 2014. Especialmente no ano de 2015 percebeu-se uma sensível redução do número de processos entrados, dado que pode estar relacionado às novas diretrizes do Judiciário que visam a estimular o uso dos meios alternativos de resoluções de conflitos.

Ao se tratar da organização pessoal das Varas de Família, pôde-se constatar que possuem um único juiz, a ser substituído no período de férias ou por motivo de força maior, e dispõem, em média, de três serventuários concursados. Quanto ao número de defensores e promotores também, percebeu-se a defasagem, dado que há, por vezes, o acúmulo de varas para apenas um Defensor Público ou Promotor de Justiça. Este dado é fundamental para se demonstrar o distanciamento da promoção por parte do Estado de uma tutela jurisdicional célere e eficiente.

Algumas experiências têm sido adotadas, mas ainda pouco exploradas e difundidas, com o objetivo de encurtar os caminhos que levam à porta de saída. São exemplos: a conciliação pré-processual, a conciliação processual, o gerenciamento, a informatização.

Os limites encontrados diante das dificuldades estruturais do Judiciário são, principalmente, o grande número de processos nas Varas de família, o número insuficiente de servidores, a sobrecarga de demandas que se acumulam por um longo período temporal; a complexidade da estrutura da Justiça Comum; insuficiência na formação dos servidores, altas despesas com os processos e, principalmente, a constatação de que o Poder Judiciário continua moroso e, em muito, distante da população.

Além dos entraves do acesso à justiça, enquanto ingresso ao Judiciário, há, proporcionalmente, obstáculos evidentes para a resolução da lide. A maioria dos processos analisados ainda se encontra nas Varas. Não é diferente o que Sadek alerta quando diz que:

Urge que se examine o problema tanto do ângulo do ingresso de demandas no Poder Judiciário quanto do ângulo das soluções – a porta de saída. As portas de entrada, os meandros internos e a porta de saída têm que ser questionados e, certamente, redefinidos. Deixá-los como se encontram só contribuirá para aumentar o problema e dificultar a implementação de soluções. (SADEK, 2014, p. 64)

Diante das considerações aqui expostas, de modo a reforçar a importante tese da crise jurídico-estrutural por que passa o Poder Judiciário, quando da utilização de práticas que já não suportam, sozinhas, o alto volume de demandas, almeja-se apresentar os novos caminhos a partir dos quais é possível visualizar uma configuração diferenciada, que atenda não apenas às portas de entrada, como também a solução adequada àqueles que se utilizam da Justiça como *locus* de reivindicação de direitos e garantias.

A propósito do uso do termo MARC´ s, deve-se registrar que não é objetivo deste estudo torná-lo definitivo ou mesmo tratá-lo como o mais apropriado. Tampouco será feita qualquer digressão em torno das diversas denominações passíveis de utilização. Acerca da variedade de termos, optou-se por aquele e pela ênfase nos mecanismos alternativos empreendidos pelo Poder Judiciário. Ultrapassando, então, a questão terminológica, os novos modelos de tratamento de conflitos, de ampliação ao acesso à justiça, fazem parte do que Vasconcelos denomina como sistema multiportas. Quanto a isto, explica que

[...] todos esses meios judiciais ou extrajudiciais de acesso à justiça compõem o hoje denominado sistema multiportas, que engloba as práticas restaurativas, a facilitação de diálogos apreciativos, etc., e pode ser livremente adequado, consoante as necessidades e circunstâncias pessoais e materiais de cada situação. (VASCONCELOS, 2015, p. 56)

A expressão multi-door courthouse foi utilizada no final da década de 1970, nos Estados Unidos, em razão de uma proposta do professor de Havard, Frank Sander. Percebe-se a influência da perspectiva segundo a qual o aumento das demandas judiciais necessita de meios adequados e, conseqüentemente, específicos para as diversas formas de litígios.

Sobre esta questão, afirma Azevedo que

Compõem-se de uma visão do Poder Judiciário como um centro de resolução de disputas, proporcionando a escolha de diferentes processos para cada caso, baseando-se na premissa de que existem vantagens e desvantagens em cada procedimento que devem ser consideradas em função das características específicas de cada conflito. (AZEVEDO, 2015, p.18)

Há que se dizer da diversidade encontrada diante das novas formas de resolução de conflitos. Percebe-se que o desenvolvimento de técnicas, tal como dos objetivos a que são empregadas divergem em relação à procedência. Neste aspecto, diz Gustavo Andrade que

Enquanto a mediação praticada nos Estados Unidos é voltada predominantemente para a resolução de um conflito estabelecido, porém com vistas a evitar uma demanda judicial e cumprir seu papel de método alternativo de resolução de disputas, com a obtenção de um acordo, no Canadá e na França foi concebido um modelo no qual o acordo não é um objetivo em si, mas uma consequência lógica da transformação do conflito pelas mãos dos mediandos, sob o olhar atento e imparcial do mediador. (ANDRADE, 2010, p. 494)

A partir de alternativas como a conciliação e a mediação, pode-se construir uma outra direção à crise vivenciada pelo Poder Judiciário Brasileiro, de modo que se constituam como uma forma de tutela jurisdicional diferenciada, em oposição aos procedimentos clássicos do processo tradicional. (MEIRELES, 2007, p. 2). Propõe-se apresentar aqui os resultados obtidos em pesquisas que objetivam encontrar dados quantitativos referentes à aplicabilidade dos métodos alternativos de resolução de conflitos em nível estadual. Além da reforma na prestação jurisdicional, o incentivo à utilização dos mecanismos autocompositivos implica, também, na busca pelo empoderamento das sujeitos envolvidos, de modo que o uso da força e do poder de decisão do Estado seja imprescindível apenas perante as demandas que versem sobre direitos indisponíveis. As técnicas de resolução de conflitos extrajudiciais favorecem, neste sentido, a isonomia e, principalmente, o comprometimento em se alcançar o consenso.

As mudanças estratégicas implementadas no Tribunal de Justiça de Alagoas no que diz respeito à inclusão dos métodos alternativos podem ser constatadas a partir da existência da Central da Conciliação da Capital, prerrogativa estabelecida na Resolução nº 4/2007 da mesma instituição. As atividades deste setor foram desenvolvidas entre 2007 e 2012, e, consoante os dados oficiais, entre 2007 e 2009 foram realizadas 3.459 audiências, das quais 2.960 obtiveram algum tipo de acordo efetuado.

Nesse contexto, a conciliação se revela como importante papel na esfera da finalização amigável dos conflitos. Amplamente utilizada no microsistema dos Juizados de Pequenas Causas e atualmente nos Juizados Especiais Cíveis, cujo objetivo maior é a composição das partes atida nos critérios da oralidade, simplicidade e informalidade, a conciliação vem auferindo resultados positivos excelentes na composição da lide jurídica e sociológica.

As vantagens da Conciliação são todas aquelas também descritas pela Mediação, ou seja, redução do custo financeiro e emocional, sigilo, agilidade e celeridade na lide, resolução dos conflitos de forma que para ambas não haja o estigma do ganha-perde

A Resolução nº 04/2012 do Tribunal de Justiça de Alagoas substituiu as atividades da Central de Conciliação da Capital pela regulamentação do Centro Judiciário de Soluções de Conflitos e Cidadania, cujo objetivo, com aporte nas orientações da Resolução nº 125 do CNJ, é garantir à cidadania uma atuação rápida, consistente e eficiente, evitando, assim, a perpetuação das controvérsias.

Com a implementação mencionada, e consoante a orientação do CNJ no sentido de obter anualmente os dados quantitativos das novas medidas judiciais e extrajudiciais adotadas, foram registrados, entre abril de 2012 e dezembro de 2015, os seguintes resultados:

Tabela 1 - Audiências de Conciliação Pré-Processual (2012-2015)

Ano	Audiências marcadas	Audiências de conciliação realizadas	Audiências com acordo	Porcentagem (%)
2012	212	189	118	62%
2013	491	442	248	56 %
2014	453	408	267	65%
2015	572	539	333	62%

Fonte: Setor Pré-Processual do CJUS-AL



Gráfico 1 - Audiências de conciliação processual realizadas em 2012

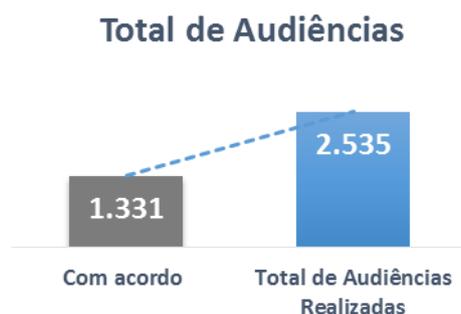


Gráfico 2 - Audiências de conciliação processual realizadas em 2015

Além dos dados empíricos obtidos, foram entrevistados defensores públicos, promotores de justiça, serventuários e magistrados que atuam nas Varas de Família de Maceió. Neste sentido, optou-se por dar destaque à entrevista com a Dra. Ana Florinda Mendonça da Silva Dantas – Juíza da 22ª Vara Cível da Capital, haja vista a aproximação que tem com as práticas alternativas. Foram consideradas, no decorrer do diálogo a organização funcional do local onde realiza as atividades laborais, assim como a utilização de técnicas alternativas.

De início, a magistrada esclarece que a mediação não pode ser feita pelos juízes, inobstante estes poderem conciliar. Afirma que, em sua opinião, deveria haver uma equipe de mediadores na Varas, condição primeira que a realização das mediações seja possível. Afirma que na vara são utilizadas técnicas mediativas, como a da normalização, a técnica do estabelecimento de pontos de conflitos e superação desses pontos. Nesta última, por exemplo, os pontos já pautados não podem ser rediscutidos. Nesse sentido, há de se pontuar que a 22ª Vara é a primeira em Alagoas a se utilizar de tais recursos. A CAMEAL – Câmara de Mediação e Arbitragem de Alagoas –, à época da entrevista, era a responsável pelas sessões de mediação, que, então eram homologadas em juízo.

Outra técnica utilizada e destacada pela magistrada é a da identificação da responsabilidade pela solução do caso. Tal técnica consiste na assunção da responsabilidade pela pessoa. A mediação é, então, uma técnica em que os mediandos são os responsáveis pela decisão. Ao contrário da conciliação, na qual se permite a intervenção por meio de técnicas sugestivas. Por último, explica que quanto menos mediadores em um caso, melhor será o desenrolar do processo.

Deve-se considerar que através das técnicas mediativas, conforme aponta a Dra. Ana Florinda Mendonça da Silva Dantas se chegue ao alcance de 90% de acordos. Um aspecto relevante a ser observado é que na maioria dos casos já houve sessão de mediação anterior à audiência. Justifica-se na medida em que as partes se sentem sensibilizadas após a primeira sessão e tem uma postura diferente a posteriori. A juíza finalizou com o reforço de que é preciso de haver uma qualificação adequada ao profissional que objetive atuar como mediador ou conciliador. Em verdade, destaca que a mudança de

mentalidade deve surgir, também, daqueles que já fazem parte do corpo de funcionários do Poder Judiciário, incluindo entre estes os próprios magistrados.

4 Conclusão

Diante do exposto, é possível comprovar a ineficiência do modelo tradicional adotado pelo Poder Judiciário, através de pesquisas quantitativas a situação de crise estrutural por que passa a Justiça brasileira.

Verifica-se, neste sentido, a necessidade de que o Estado invista em estrutura, tanto no aspecto físico, quanto no que se refere à capacitação dos profissionais, de modo que meios como a conciliação e a mediação sejam promovidos e incentivados. Segue-se, portanto, o que propõe Boaventura Souza Santos, para quem, em comunhão com a proposta do fortalecimento dos métodos extrajudiciais, é preciso formar um sistema de transformação recíproca, jurídico-política, tendo como vetores especiais dessa transformação: Profundas reformas processuais; novos mecanismos e protagonismos no acesso ao direito e à justiça; nova organização e gestão judiciária; novo modelo na formação do magistrado, desde as faculdades de direito até a formação permanente; nova concepção de independência judicial. (SANTOS, 2007, p.120)

Por fim, reforça-se que o Poder Judiciário não é única porta de acesso à justiça. Novos espaços institucionais, assim como práticas diversas têm se constituído para a garantia de direitos e para a solução de controvérsias. A partir dos dados apresentados, é possível inferir que o modelo judicial brasileiro não avançará no que diz respeito à estrutura adequada para a satisfação das demandas que atualmente lhe são próprias sem que se acolham e se promovam os novos meios de solução de conflitos.

Referências

- AZEVEDO, André Gomma. **Mediação Judicial**. Brasília: Conselho Nacional de Justiça, 2015.
- CAPPELLETI, Mauro e BRYANT, Garth. **Acesso à Justiça**. 1988. Porto Alegre, Sergio Fabris.
- DIDIER, Fredie. **Curso de Direito Processual Civil**. Salvador: Juspodivm, 2015.
- JUNQUEIRA, Eliane Botelho. Acesso à justiça: um olhar retrospectivo. **Estudos Históricos**, 9(18):389-402, 1996.
- MEIRELES, Delton Ricardo Soares. Meios alternativos de resolução de conflitos: justiça coexistencial ou eficiência administrativa?. **Revista Eletrônica de Direito Processual**, v. 01, p. 70-85, 2007.
- SADEK, Maria Tereza. Acesso à Justiça: um direito e seus obstáculos. *Revista USP*, v. 93, p. 55-66, 2014.
- SANTOS, Boaventura de Sousa. **Para uma revolução democrática da justiça**. São Paulo: Cortez, 2007.
- VASCONCELOS, Carlos Eduardo de. **Mediação de Conflitos e Práticas Restaurativas**. 4.ed. São Paulo: Editora Método, 2015.

conflitos sem necessariamente encarcerar. No entanto, tais tentativas são dignas de observância, vistas as consequências negativas na prática da Lei 9.099/95, para citar um dos exemplos, e os principais impactos de lidar com uma justiça "mais célere".

A flexibilização do Direito Penal, como será demonstrada, visa à ampliação da incidência punitiva. Além disso, algumas medidas alternativas, contudo, passam por cima de garantias fundamentais. O dilema encurrala os juristas: a estrita observância das garantias reafirma o lugar do Estado como solucionador de conflitos, ao passo em que a inobservância agride e afeta os indivíduos esquecidos e negligenciados pela história.

Em uma sociedade em que atingiu, crescentemente, o patamar de possuidora da terceira maior população carcerária do mundo, não é mais possível falar em impunidade e tecer relação entre encarceramento e diminuição da criminalidade. Os horizontes alternativos a essa lógica parecem ganhar voz.

Que questionamentos, então, devem ser formulados e respondidos para reinserir a vítima, da maneira mais responsável possível, no processo penal? Essas perguntas comportam um nível de complexidade dignas de um aprofundamento teórico maior.

2 A vítima da História

Ao longo do tempo, pode-se perceber uma transformação na relevância da vítima no âmbito do direito penal. É que, de acordo com Molina e Gomes (2008), é possível dividir a história da participação da vítima em três fases principais: "protagonismo", "neutralização" e "redescobrimento".

Essa separação em fases possui um forte caráter didático e merece um apontamento metodológico, pois:

historiadores do Direito Penal apontam que o próprio processo de emergência da vítima no direito penal contemporâneo não é tão simples, como muitas vezes apresentado pela bibliografia sobre o tema. Garnot (2001), por exemplo, ao estudar o estatuto jurídico das vítimas durante o Antigo Regime na França, afirma que, nesse período, ao mesmo tempo em que não havia uma definição jurídica da vítima, no plano das práticas ela era reconhecida de fato e, em algumas circunstâncias, indenizada (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010, p. 20).

Contudo, com o nobre objetivo de melhor situar-se didaticamente, fazendo tal ressalva, é cabível e oportuna a fragmentação em diferentes momentos históricos do papel da vítima.

Na primeira fase chamada de "protagonismo", percebe-se que o que se esperava da vítima era um esforço para uma "vingança privada", pois cabia a ela o esforço para aplacar a agressão sofrida.

Em um segundo momento, aponta-se que, com a consolidação do Estado Moderno, há uma expropriação do conflito. Entende-se, a partir daqui, que muitos litígios não dizem respeito a apenas as partes. Se alguém é agredido, a partir dessa ótica, não somente quem a sofreu merece proteção, mas

também toda a sociedade. Deve o Estado, portanto, tomar o lugar da vítima para obter uma reparação em nome de todos os outros cidadãos. Este assunto será mais bem aprofundado no tópico seguinte.

A fase intitulada "redescobrimto" remete-se ao período pós II Guerra Mundial. Nele, pois, estabeleceu-se um olhar mais apurado sobre os soldados, sobre os judeus, sobre as mulheres e crianças, visto os efeitos psicológicos sofridos por estes grupos. Houve, dessa maneira, uma mudança de enfoque. Faz-se imprescindível salientar, no caso das mulheres, a importantíssima luta do movimento feminista, o qual trouxe visibilidade e voz a tantas vozes caladas e esquecidas em todas as searas. (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010).

Sendo assim, percebe-se que, em detrimento desta última fase, os anseios a uma maior participação surgem, e com estes é que certos movimentos sociais organizam-se. Segundo Fernanda Rosenblatt (2015), principalmente na América do Norte e na Europa Ocidental são onde atuam organizações como a Victims' Movement. Elas buscam ir de encontro contra a neutralização das vítimas e atuam visando a reformas - a exemplo de ter o direito de ser informada sobre o "seu" processo e de manifestar suas opiniões e impactos emocionais de maneira relevante.

Em consonância com a última onda intitulada de "redescobrimto", por exemplo, instalaram-se, no Brasil, os Juizados Especiais, a partir da Lei 9.099/95. Em teoria, esta norma abriria espaço para ocasiões com um modelo consensual de justiça, o qual tem por escopo a reparação de danos sofrida (sobretudo nos casos de conciliação).

A respeito de modelos consensuais, de antemão, é oportuno frisar tal posicionamento:

Para orientação teórica vale destacar que todas as situações que recebem genericamente a denominação de soluções consensuais, especialmente na Itália, na Alemanha e na Espanha, não são fruto, necessariamente, da conciliação entre agentes e vítimas ou expressam verdadeira autonomia de vontade do imputado, autonomia que se vê prejudicada quando, em inúmeros casos, o acusado está diante de somente duas alternativas postas pelo juiz ou pelo Ministério Público, sob pena de "ter que aceitar os riscos do processo" (PRADO, 2002)

Vistas tais condições sob um panorama geral, tendo em vista com mais clareza as fases relacionadas ao debate da vitimologia, cabe agora remeter-se novamente à questão da expropriação dos conflitos pelo Estado.

3 A apropriação

A fase chamada "protagonismo" remetia-se a uma solução de conflitos por via "privada". Este termo é utilizado aqui para referir-se ao poder de disposição que a vítima tinha para iniciar o processo ou para finalizá-lo. Além disso, algumas penas possuíam um caráter privado (tais quais a indenização, as ergástulas - cárcere privado -, e a composição).

Nessa ótica, no momento em que as sociedades feudais começam a se dissolver, concentrando nos monarcas todo o poder - inclusive o punitivo -, cria-se uma pretensão não de pacificação social, mas de "robustecimiento del poder y de los intereses de la monarquía frente a la nobleza local díscola o frente al propio poder eclesiástico." (Tomás y Valiente, 1969:23-46)

Esse processo de concentração e legitimação de poder nas mãos do Estado foi marcado por uma violência, pois era preciso criar novos delitos, os quais pudessem proteger os interesses monarquistas, e abandonar o caráter restitutivo da justiça (afinal de contas, a vítima poderia castigar, perdoar e orientar a pena à satisfação de interesses próprios), a fim de que esta atendesse às vontades do Império (GACTO,1990, p. 516-517).

Nesse sentido, esclarece Nils Christie:

El sistema de control punitivo actual representa una de las tantas oportunidades perdidas de involucrar a ciudadanos en tareas que tienen una importancia inmediata para ellos. La nuestra es una sociedad de monologizadores de tareas. En esta situación, la víctima es "el" gran perdedor. No sólo ha sido lastimada, ha sufrido o ha sido despojada materialmente, y el Estado toma su compensación, sino que además ha perdido la participación en su propio caso. Es la Corona la que ingresa al cono de luz, no al víctima. Es la Corona la que describe las pérdidas, no la víctima. Es la Corona la que aparece en los diarios, rara vez la víctima. Es la Corona la que tiene la posibilidad de hablar con el delincuente y, ni la Corona ni el delincuente están particularmente interesados en llevar adelante esa conversación. La víctima podría haber estado muerta de miedo, paralizada por el pánico o furiosa. Pero no hubiera estado desinvolucrada. Hubiera sido uno de los días más importantes de su vida. Algo que pertenecía a esa víctima le ha sido arrebatado (CHRISTIE, 1977, p. 170).

Esse roubo de conflito também, segundo Christie (1977), é feito, atualmente, pelos advogados, juízes, promotores e todos os especialistas em Direito Penal. O falecido Professor da Universidade de Oslo afirma haver essa apropriação, pois quando os serviços advocatícios são acionados, frequentemente a visão dos fatos pela parte, suas opiniões sobre o caso e seus argumentos são considerados inúteis à elaboração da defesa e são deixados de lado.

Los abogados son particularmente buenos robando conflictos. Están entrenados para ello. Están entrenados para prevenir y resolver conflictos. Están socializados con un elevado grado de conformidad, que resulta sorprendente, en una sub-cultura cuyos contenidos están referidos a la interpretación de las normas y a la clase de información que puede ser considerada relevante en cada caso (CHRISTIE, 1977, p. 163)

Christie exemplifica com o caso o qual o cliente - uma pessoa que havia colaborado com nazistas - não ficou satisfeito com seu advogado, mesmo este tendo conseguido, no caso em tela, a menor pena. É que, para tal, o advogado caracterizou o acusado como débil, carente de habilidades, inapto social e organizacionalmente e sem talentos - magoando profundamente o cliente.

4 Sofrimentos invisíveis

Esse distanciamento, consequência dessa fase de apagamento das partes - e da vítima -, geram uma forma de violência imperceptível aos olhos de quem não a sente.

Na contemporaneidade, acredita-se em uma violência que as vítimas estão submetidas ao serem inseridas no processo penal brasileiro. Ela é de ordem diferente da agressão física, da exploração da força de trabalho, da pobreza e da miséria. É um cerceamento de vontades e participação que opera no plano processual penal.

A chamada vitimização secundária perpassa pelas situações as quais as vítimas são destratadas nas Delegacias de Polícia, possuem uma limitada participação no processo, desconhecem o andamento do "seu" caso e seus direitos, não são atendidas nas suas expectativas de reparação de danos etc. (OLIVEIRA, 1999).

Em busca de uma alternativa à rigidez, à exclusão dos ofendidos, ao descompromisso com a reparação de danos, surge a justiça restaurativa como uma saída. Principalmente nos casos em que o dano é pequeno, essa solução mostra-se interessante, já que, muitas vezes, basta uma compensação financeira à vítima, realização de algum trabalho (consertar o objeto lesionado), prestação de serviços à comunidade etc. - soluções que não necessariamente implicarão numa pena privativa de liberdade.

5 A apressada Lei 9.099/95

A Lei 9.099/95 representa uma possibilidade, à primeira vista, alternativa ao duro sistema penal, mas faz-se mister atentar para alguns efeitos normativos paradoxais - os quais reproduzem princípios do Estado brasileiro.

A norma instituiu, no Brasil, os Juizados Especiais. A princípio, um dos objetivos de tal instrumento era trazer celeridade, informalidade, eficiência e oralidade, desmistificando-se, assim, a falência do Judiciário, além de desafogá-lo. Nesta diapasão, foram criados, no âmbito criminal, os Juizados Especiais Criminais (JECRIMs), os quais são direcionados para infrações de menor potencial ofensivo. A partir desta nova modalidade, foi possível solucionar um conflito sem necessariamente haver, no final, uma possibilidade de encarceramento. Na verdade, o instituto dos JECRIMs visam a resolver os litígios previamente à prestação de denúncia ou queixa-crime.

Importante perceber, a priori, que a depender da natureza do Juizado, poderia ter-se criado um espaço de empoderamento da vítima, além de, devido à informalidade, colocá-la como protagonista do conflito.

Faz-se necessário, contudo, demonstrar algumas particularidades, as quais comprometeram o funcionamento e, conseqüentemente, os objetivos dos Juizados.

Logo, é de salutar importância apontar que, no neoliberalismo, diversas questões, que inicialmente não eram de caráter material (quantificáveis, contáveis, monetizáveis) passam a sê-lo.

A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático (LOPES, 2002, p. 114).

A impaciência por uma solução, tanto no rito ordinário (apesar de neste envolver questões como o afogamento do judiciário) quanto no caso dos Juizados Especiais, é inimiga da vítima que merece ser ouvida com cuidado e atenção, a fim de ser reparada. Não são raros os casos, logo, os quais a vítima permanece inaudível e impossibilitada de obter uma solução que adequa-se a seus anseios.

A preocupação com a rapidez das etapas do processo, aliada à enorme demanda que se apresenta aos JECRIMs, resta por inibir as possibilidades de manifestação e de satisfação da vítima. Observou-se que juiz de direito e promotor de justiça sistematicamente deixavam de lado a tentativa de composição civil do dano e partiam para a transação penal, expediente que ocasiona o afastamento da vítima do procedimento. Conseqüentemente, a informalidade do JECRIM, que poderia ser positiva para a vítima ao remover barreiras entre o cidadão e o sistema de justiça, transforma-se no seu oposto, já que procedimentos informais, sobretudo quando implementados de forma deficitária, ficam sujeitos a manipulações e abrem brechas para que os direitos das vítimas não sejam garantidos, principalmente se não há prestação de assistência jurídica de maneira adequada. (TEIXEIRA; JESUS; MATSUDA, 2010, p. 38).

Isso significa que, ainda com horizontes os quais buscam desafogar o sistema punitivo brasileiro em prol de uma prestação mais atenciosa às partes, é possível, decorrente das características do rito do Juizado Especial, sofrer vitimização secundária.

Nesse ínterim, algumas implicações decorrentes da lei merecem ser apontadas.

Em primeiro lugar, as transações penais permitem aos autores do fato anteciparem a pena, já que eles podem optar por antecipá-la ou por serem denunciados. Essa situação, portanto, segundo a Professora Marília Montenegro (2015):

não é uma alternativa ao Direito Penal, mas sim ao processo penal. A transação apresenta uma pena sem processo, desafogando o judiciário e evitando a prescrição, com a promessa de manter "limpa" a ficha de antecedentes criminais do autor do fato, que, muitas vezes, sente-se acuado na presença do promotor de justiça, da vítima e, principalmente, da ameaça de ser processado criminalmente, e aceita a transação como a única forma de livrar-se, de modo imediato, de um problema (MONTENEGRO, 2015, p.85-86).

Segundamente, a possibilidade de suspensão condicional do processo, a qual também advém da referida lei, leciona Marília Montenegro (2015), não acaba com o estigma oriundo de uma condenação, interferindo no ingresso ao mercado de trabalho. Além disso, faz-se imprescindível contar com a ajuda de um defensor público que atue com eficiência, nos casos em que pessoas sem condições financeiras (as quais majoritariamente são vistas pelas lentes do Direito Penal) precisem de assistência jurídica. Sem

esta, as vítimas desconhecem parcial ou completamente seus direitos e possuem pouca clareza a respeito das decisões tomadas (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010).

De modo geral, nos casos observados no JECRIM, percebeu-se que há pouco espaço para que as vítimas se posicionem durante a audiência, já que os atores do sistema de justiça não se preocupam com a coleta de informações a partir de seus depoimentos, que poderiam contribuir para um desfecho satisfatório para as vítimas envolvidas. Pautadas pela celeridade – que parece justificar até mesmo a realização de audiências sem promotor de justiça ou o juiz de direito –, as audiências ocorrem de forma muito rápida, especialmente porque o juiz de direito e o promotor de justiça atuantes no JECRIM têm um consenso previamente construído a partir de suas experiências e de suas trajetórias e já iniciam as audiências propondo um encaminhamento, que consiste mormente na transação penal, o que impossibilita que as vítimas tenham oportunidade para se expressar. (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010, p. 59).

Por outro lado, nos casos de violência doméstica contra a mulher - os quais, após a Lei Maria da Penha deveriam ser tratados no âmbito da jurisdição dos Juizados de Violência Doméstica -, revela a pesquisa do IBCCRIM, um dos pontos positivos levantados pela vítima: a possibilidade de ter sido ouvida (TEIXEIRA; JESUS; MATSUDA, 2010).

No entanto, ainda pode-se dizer que os princípios de uma economia capitalista ditam predominantemente o rito das políticas adotadas pelo Estado - ainda que alternativas às classicamente adotadas. A partir desse viés:

A premissa neoliberal de Estado mínimo também se reflete no campo processual, na medida em que a intervenção jurisdicional também deve ser mínima (na justiça negociada o Estado se afasta do conflito), tanto no fator tempo (duração do processo), como também na ausência de um comprometimento maior por parte do julgador, que passa a desempenhar um papel meramente burocrático. Mas a velocidade da notícia é completamente diferente da velocidade do processo, ou seja, existe um tempo do direito que está completamente desvinculado do tempo da sociedade. E esse é o grande entrave: a sociedade acostumada com a velocidade da virtualidade não quer esperar pelo processo. Nesse contexto, o processo deve ser rápido e eficiente. Assim querem o mercado (que não pode esperar, pois tempo é dinheiro) e a sociedade (que não quer esperar). (LOPES, 2002, p.115).

Logo, apesar dos notáveis ganhos com o dispositivo², é preciso perceber a existência de um enorme problema: ampliou-se o alcance punitivo do Estado.

² A exemplo de afastar, nos casos de infração de menor potencial ofensivo - as contravenções penais e os crimes os quais lei comine pena máxima não superior a 2 anos - a prisão em flagrante, permitindo, portanto, que aqueles os quais não tinham condições de pagar por uma fiança não ficassem presos. Além disso grandes avanços foram e ainda podem ser alcançados pelo instituto da conciliação (também proveniente da Lei 9.099/95). É que as partes podem negociar, intermediadas por um juiz, a reparação dos danos provenientes de crimes de menor potencial ofensivo, os quais sejam de ação privada ou pública condicionada à representação - infelizmente deixando impossibilitado o uso desse instrumento para todas as contravenções penais e os crimes com ação penal pública incondicionada (muitos dos quais atingem interesses exclusivos da vítima, a exemplo dos crimes patrimoniais) (MONTENEGRO, 2015).

6 No mínimo, o máximo

No Brasil das últimas três décadas, concomitantemente, introduzimos institutos os quais dizem respeito a uma "solução alternativa", mas também ainda insistimos em práticas punitivistas de tolerância zero. Para melhor exemplificar, deve-se citar a Lei dos Crimes Hediondos (Lei no 8.072/90), em muito influenciada pelo movimento *law and order* dos Estados Unidos (LOPES, 2002). Além da Lei 8.072/90, o cenário punitivista brasileiro, o qual buscou incidir sobre as mais variadas áreas, é marcado pela presença das leis de colarinho branco, preconceito racial, prisão temporária, o código de defesa do consumidor, lei dos crimes contra a ordem tributária, dos crimes contra a ordem econômica, do crime organizado, do transplante de órgãos, de tortura, o Código de trânsito brasileiro, lei dos crimes ambientais, da lavagem de dinheiro... (MONTENEGRO, 2015, p. 68). Nota-se, portanto, que a complexificação da sociedade brasileira veio acompanhada de uma regulamentação penal quase que proporcional.

A própria Lei dos Juizados Especiais representa um mecanismo de controle para uma determinada parcela da população que, até então, nem chegava a ser vulnerável ao sistema (MONTENEGRO, 2015, p. 65).

Um encontro de incongruências ideológicas marca o texto normativo penal brasileiro, a partir da tentativa de estabelecer uma Justiça Restaurativa em meio a tantas novas normas encarceradoras.

Nesse sentido entendemos ser de importância o reconhecimento de que nossa legislação se apresenta como fragmentos não concatenados de lógicas distintas, críticas (ou semicríticas) e conservadoras, estendidas numa corda bamba que é tensionada, sobretudo, a partir das opções e necessidades discursivas do legislador, muitas vezes mais voltadas ao seu interesse político-eleitoral, e dos reclamos sociais, que em seu mais constante clamor restam presos de forma acrílica ao propagado e real pânico da exclusão e da insegurança individual e, portanto, constituem-se clamores individualistas, angustiados e ansiosos que se convertem em presas fáceis para as propostas de apologia da Lei e Ordem; solos férteis para o florescimento dos paradoxos. (CHIES, 2002, p. 212).

Logo, apesar de se criar certa flexibilização nas leis penais do Brasil, na verdade, constrói-se uma incongruência, a qual legitima o sistema penal como um todo. Ora, afinal de contas, ao utilizar-se da punição máxima e logo depois defender garantias constitucionais do Direito Penal, cria-se um ciclo vicioso. Eventualmente voltar-se-á à repressão num constante ir e vir. Sendo assim, o problema não se encontra na lei, mas na lógica com a qual opera o sistema de controle simbólico dos delitos (PINTO, 2002, p. 187).

7 Ponderações sobre Garantismo

Há quem culpe, contudo, as tentativas abolicionistas de passarem por cima das garantias tão arduamente conquistadas durante a história do Direito Processual Penal.

Ao atribuir uma natureza de procedimento administrativo (tal qual o inquérito policial e a execução penal), pois, não é possível comportar garantias fundamentais, tais quais o contraditório, a ampla defesa, a publicidade, a presunção de inocência e o duplo grau de jurisdição, por exemplo (CARVALHO, 2002, p. 50).

A informalidade, celeridade e oralidade da lei dos Juizados Especiais Criminais coadunam com a supressão de certas garantias, ainda que busquem uma flexibilidade maior:

Obviamente que a transição de um modelo de processo penal fundado no contraditório, em juízo público, com o princípio da presunção de inocência a onerar a acusação com o encargo de demonstrar a responsabilidade penal do acusado, para outro tipo de processo que na prática dispensa maior atividade probatória (muitas vezes dispensará toda atividade probatória), implicou mudanças procedimentais. Estas vão, por sua vez, da admissão de soluções pré-processuais definitivas ou provisórias, nos casos em que o investigado aceita determinadas condições que, em alguns lugares assemelham-se às sanções penais (como ocorre, por exemplo, na Bélgica, em virtude da Lei de 10 de fevereiro de 1994), a reordenações processuais propriamente ditas, que abreviam o curso do processo e chegam a permitir (*rectius*, impor) o julgamento no estado do processo, sem aprofundamento na busca do conhecimento dos fatos, se às partes convir que se proceda dessa maneira (PRADO, 2002).

No entanto, é imperioso observar que, com medo de perder essas "vantagens" (em aspas mesmo, pois será que elas existem na prática? Se sim, que tipos de outros problemas são suscitados na perseverança destas em detrimento de repensar o modelo atual do sistema punitivo?), muitos juristas acabam defendendo a conservação do sistema penal (AZEVEDO, 2002, p. 63).

Os avanços significativos do garantismo parecem mascarar, para alguns juristas, a usurpação do conflito por um Estado que, apesar de muitos pretenderem que ele seja mínimo, carrega resquícios de concentração de poder da Modernidade. Esse Estado é o mesmo que mascara de tolerabilidade suas estratégias e dinâmica, locupletando-se com os resultados do deslinde do conflito roubado.

Quais as vantagens para os indivíduos de, em prol de não devolver o conflito à vítima e às partes completamente, defendendo o garantismo, manter o Estado sendo foco privilegiado de exercício de poder e dominação através de sua atuação nas instâncias de controle do delito? (CHIES, 2002, p. 172).

8 Perversidade punitiva

O movimento da lei e ordem, em seu discurso, demarca o papel de um Estado apropriador de conflitos. Em nome da liberdade e da ordem pública, deve-se aprisionar e sacrificar indivíduos (LOPES, 2002, p.108). Não se garante, contudo, uma efetiva participação daquela em prol da qual não se toleram infrações: a vítima.

Essa pretensão de punir como monopólio estatal, proveniente de uma passagem para a Idade Moderna, possui, também, escopos econômicos. Na medida em que as justiças diziam respeito a

circulação de riquezas e da extração feudal, pôde-se criar infrações (trazendo, com estas, a noção de dano), mirando um retorno financeiro (primeiramente pro soberano e, em um momento posterior, para o Estado Moderno) (CHIES, 2002, p.177).

É o plano (ou será crime?) perfeito: consegue o Estado colocar-se num patamar o qual é um foco privilegiado de exercício de poder e gestão social, podendo proteger seus interesses e valores, ainda que em detrimento de quaisquer outros segmentos sociais (CHIES, 2002, p. 197). E ainda mais, pois com a premissa de proteger, tutelar bens jurídicos individuais e acabar com a "impunidade".

O aumento das taxas de criminalidade e o crescimento do crime organizado também interferem na opinião pública punitivista (influenciada também pelos meios de comunicação de massa) (AZEVEDO, 2002, p. 61). Entretanto, ao invés de haver uma proporcionalidade no uso do Direito Penal (não seria uma das utilidades desse ramo proteger os indivíduos frente ao desproporcional poder estatal de punir?), o corpo social reage ao sofrimento e à insegurança gerais sem moderação (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010).

Pergunta-se: mas será que as vítimas têm interesse principalmente em punição? Que vantagem, então, haveria em torná-las protagonistas de um processo penal, vistas as tendências despenalizadoras dos estudos criminológico-críticos atuais?

essa aparente ampliação de direitos da vítima, pode, em certos contextos, representar muito menos o real interesse da vítima (concreta) que é evocado, e operar numa lógica de segregação punitiva e de intensificação penal. Do mesmo modo, pode contribuir para um risco concreto que tem sido recorrente na história das políticas penais: o exacerbamento do discurso punitivo a serviço do populismo penal. (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010, p. 70).

Em pesquisa promovida pelo IBCCRIM publicada em 2010 e referente a experiências concernentes às leis 9.099/95 e a 11.340/06 (Lei Maria da Penha), mostrou-se que as principais preocupações das vítimas, em realidade, eram a de reparação (material e moral), proteção estatal e resolução do conflito.

Em poucos casos a pena de prisão foi mencionada como uma hipótese desejada e, mesmo nesses momentos, ela pareceu desempenhar, no imaginário das vítimas, mais um papel intimidatório e preventivo do que propriamente retributivo. Até mesmo no estudo de caso acerca do homicídio de Ana Moura, chamou a atenção a ênfase dada pelos familiares da vítima ao desejo prioritário de responsabilização e punição do Estado como fator de maior importância "pedagógica" à prevenção do fenômeno da violência doméstica do que a simples prisão do autor do crime. (TEIXEIRA, JESUS E MATSUDA, 2010, p. 69)

Considerando, finalmente, a lógica perversa de um sistema que se retroalimenta, reafirma valores, concentra poderes e segrega indivíduos com uma mensagem "paz" e "proteção" e alívio das vontades punitivas sociais, encontrar uma solução é um caminho árduo.

9 Concluindo

É perceptível, portanto, a unicidade da resposta estatal para os mais variados problemas. Não importa, sendo assim, se houve um corte não autorizado de uma árvore, xingamento racista, sonegação de impostos ou homicídio: a pena privativa de liberdade marca a monotonia na definição das sanções (MACHADO E MACHADO, 2013).

Ainda com as possibilidades "despenalizadas" - reconhecimento da composição civil dos danos entre autor e vítima e da transação penal entre autor e promotor de justiça como causas de extinção da punibilidade, aplicável a contravenções penais e crimes de menor potencial ofensivo, isto é, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos (arts. 72 a 76 da Lei n. 9.099/95); a possibilidade de suspensão condicional do processo, com potencial extinção da ação penal caso haja o cumprimento de determinadas condições, aplicável aos crimes com pena mínima não superior a um ano (art. 89 da Lei n. 9.099/95); a possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direito, aplicável a condenações não superiores a 4 anos, em crime não cometido com violência ou grave ameaça à pessoa e a réu não reincidente em crime doloso (art. 44 do Código Penal); e, por fim, a suspensão condicional da execução da pena privativa de liberdade (sursis), aplicável em casos de condenações não superiores a 2 (dois) anos, desde que o condenado não seja reincidente em crime doloso (art. 77 do Código Penal) (MACHADO E MACHADO, 2013) - mostra-se urgente repensar o modelo do sistema punitivo atual.

Nesta senda, portanto, mostra-se imprescindível buscar opções mais criativas. Estas devem revolucionar a maneira com a qual pensa-se na solução de um conflito. O grande desafio perpassa, então, em encontrar espaços para exercitar, sem medo, a criatividade.

Considera-se, portanto, essencial refletir sobre algumas questões. O tipo de pena mais adequada (principalmente nos casos de menor complexidade) deve depender da decisão da apagada e instrumentalizada vítima. Esta deve ter consciência do modo como as instituições e atores interagem (verificando a pretensão punitiva do Estado), para embasar suas opiniões, ser ouvida no processo e encontrar soluções para seus desejos (MACHADO; MACHADO, 2013).

Defende Salo de Carvalho (2002) que a solução mais desconstrutora para o modelo atual surge com o apoio a essa vítima. O autor fala em "Compensação financeira pelo Estado, sistema de seguro simplificado, apoio econômico em casos de luto, abrigos protetivos e centros de apoios (CARVALHO, 2002, p. 136). Uma escala de apoio e não de punições.

Dessa maneira, os caminhos percorridos por este trabalho permitem uma série de questionamentos, os quais instigam debates mais aprofundados.

Parece, então, que não é suficiente reinserir a vítima. É imprescindível, ao mesmo tempo, empoderá-la, a fim de estar a par dos efeitos alimentadores de um sistema vicioso. Qual a melhor

maneira, então, de popularizar debates tão aprofundados e recentes (considerando a história do direito penal) que visam ao empoderamento individual e a atacar pressupostos básicos de organização estatal e de uma economia capitalista? Parece um desafio enorme. O que será que deve acompanhar a reinserção para demonstrar às vítimas e à sociedade a perversão da lógica encarceradora?

Além disso, como convencer aliados a serem signatários de um projeto político de menor encarceramento, em uma sociedade apressada, punitivista e cega às pretensões de um poderoso Estado, o qual covardemente utiliza o sofrimento, o medo e a falácia da impunidade como pilares de seu poder paternalista punitivo?

Referências

CARVALHO, Salo de. Considerações sobre as Incongruências da Justiça Penal Consensual: retórica garantista, prática abolicionista. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.) Diálogos sobre a Justiça Dialogal: **Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CHIES, Luiz Antônio Bogo. É Possível se Ter o Abolicionismo como Meta, Admitindo-se o Garantismo como Estratégia?. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.) Diálogos sobre a Justiça Dialogal: **Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

CHRISTIE, Nils. **Los conflictos como pertenencia**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

DE AZEVEDO, Rodrigo Ghiringhelli. Conciliar ou Punir? – Dilemas do Controle Penal na Época Contemporânea. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.) Diálogos sobre a Justiça Dialogal: **Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

GACTO, E. . **Aproximación a la historia del derecho penal español**, Milão: Ed. Giuffrè, 1990.

LOPES JR., Aury. Justiça Negociada: Utilitarismo Processual e Eficiência Antiguarantista. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.) Diálogos sobre a Justiça Dialogal: **Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002. MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis, e MACHADO, Maira Rocha. **O Direito Penal é Capaz de Conter a Violência?**. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/02/50e7b679404d701e750a20f8ff7a4ee2.pdf>. Acesso 8 de Março de 2016.

MONTENEGRO, Marília. Lei Maria da Penha: **uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Reavan, 2015.

OLIVEIRA, Ana Sofia Schmidt. **A vítima e o direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

PINTO, Alessandro Nepomuceno. O sistema penal: suas verdades e mentiras. In ANDRADE, Vera Regina Pereira de. (org.) Verso e reverso do controle penal: **(des) aprisionando a sociedade de cultura primitiva**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2002.

PRADO, Geraldo. Justiça Penal Consensual. In: CARVALHO, Salo de, e WUNDERLICH, Alexandre. (org.) Diálogos sobre a Justiça Dialogal: **Teses e Antíteses sobre os Processos de Informalização e Privatização da Justiça Penal**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.

ROSENBLATT, Fernanda. Uma Saída Restaurativa Ao Processo de Vitimização Secundária. In: FILHO, Wanderley Rebello, e JUNIOR, Heitor Piedade e KOSOVSKI, Ester. (org.) **Vitimologia na contemporaneidade**. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2015.

TEIXEIRA, Alessandra, e JESUS, Maria Gorete Marques de, e MATSUDA, Fernanda Emy. **O Papel da Vítima no Processo Penal**. Brasília: Série Pensando o Direito, 2010.

TOMÁS Y VALIENTE, F. (1969), **El derecho penal de la monarquía absoluta** (siglos XVI, XVII, XVIII). Madrid: Ed. Tecnos, 1992.



A CONCILIAÇÃO NO NOVO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL: uma análise crítica à luz da cultura jurídica brasileira

Mariana de Lemos Campos¹

RESUMO: A conciliação judicial é um importante meio autocompositivo para a resolução de conflitos, sendo mecanismo de combate à morosidade na prestação judicial. O Novo Código de Processo Civil traz, como inovação, alterações no modo procedimental da Conciliação. Assim, em que pese a importância desse instituto frente à crise do sistema Judiciário, com acúmulo de processos; deve-se analisar criticamente a implantação dessas mudanças, considerando-se, para tanto, fatores como a cultura jurídica brasileira, que apresenta características como a judicialização exacerbada e também que evidencia o estado-juiz como ente máximo e intocável no exercício da jurisdição. Esse trabalho pretende, portanto, demonstrar a possibilidade de a conciliação não apresentar a prestação judicial satisfatória imaginada, em vista do contexto brasileiro de produção jurídica.

Palavras-chave: Conciliação. Novo Código de Processo Civil. Cultura jurídica. Efetividade jurisdicional.

ABSTRACT: Judicial conciliation is an important means of self-settlement for conflict resolution, and is a mechanism for combating delinquency in court proceedings. The New Code of Civil Procedure brings, as innovation, changes in the procedural way of Conciliation. Thus, in spite of the importance of this institute before the crisis of the judicial system, with accumulation of processes; It is necessary to analyze critically the implantation of these changes, considering, for such, factors such as the Brazilian legal culture, that presents characteristics like the judicialization exacerbated and also that evidences the state-judge like maximum entity and untouchable in the exercise of the jurisdiction. This paper intends, therefore, to demonstrate the possibility that the conciliation does not present the satisfactory judicial representation imagined, in view of the Brazilian context of legal production.

Keywords: Conciliation. New Code of Civil Procedure. Legal culture. Jurisdictional effectiveness.

1 Introdução

O recém aprovado Código de Processo Civil (CPC) objetivou, de forma clara, uma aproximação entre o Direito Processual e a Constituição Federal.

¹ Possui graduação em Direito pelo Centro Universitário do Rio Grande do Norte(2013), graduação em Letras - Língua Portuguesa pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2014) e especialização em Direito Processual pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais(2016). Advogada especialista em direito trabalhista.

A intenção de um Processo constitucional é, notadamente, respeitar e efetivar os princípios constitucionais, e nesse sentido, tal diploma legal preconiza, já em seu 1º artigo, o respeito aos valores e normas fundamentais da Constituição.

Desta feita, o mesmo documento, em seu artigo 4º, revela o grave problema vivenciado hoje pelo Judiciário brasileiro, qual seja a morosidade do processo, ao dispor que “as partes têm o direito de obter em prazo razoável a solução integral do mérito, incluída a atividade satisfativa”; ao que se percebe total coerência com o inciso LXXVIII do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece que “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

Com vistas a efetivar os princípios constitucionais supracitados, notadamente o alcance da celeridade, o novo CPC dispõe sobre métodos de pacificação de conflitos jurídicos, especificamente o estímulo da conciliação e mediação. Tais institutos estão disciplinados na Parte Geral, Livro III, Título IV, Capítulo III, Seção V (dos conciliadores e mediadores judiciais) e na Parte especial, Livro I, Título I, Capítulo V (da audiência de conciliação ou de mediação).

Como sabido, é impossível negar a contribuição positiva que o instituto da conciliação pode trazer. Esta medida culmina, a um só tempo, em uma solução rápida e descomplicada, com a proximidade entre os litigantes. Ademais, por meio de uma solução consensual, muitas vezes estão aptas a propiciar uma eficaz forma de resolução de litígio.

Em que pese o explicitado, mostra-se necessária a análise crítica do citado método de autocomposição no diploma do Novo Código de Processo Civil, com o intuito de demonstrar as possíveis problemáticas que podem surgir em decorrência da peculiar realidade brasileira, na qual não há historicamente um incentivo à cultura de pacificação, como restará adiante demonstrado.

2 Breves comentários sobre o Novo Código de Processo Civil

O momento vivido é de inovação no cenário jurídico-processual brasileiro. O Código de Processo Civil que entrou em vigor em março do presente ano é o terceiro que se dá em âmbito unitário e republicano. E o primeiro que ocorre não apenas em momento democrático, mas também que é feito por uma comissão de especialistas, diferentemente dos demais Códigos, que ficavam basicamente a cargo de uma única pessoa (o de 1939 por Pedro Baptista Martins e o de 1973 por Alfredo Buzaid, por exemplo).

Assim, apenas as condições de elaboração acima citadas já são de grande importância. Mas não são as únicas. O novo Código de Processo Civil se aproxima dos conceitos de Processo Constitucional e de democracia.

Desta feita, esse Código prioriza a celeridade, com feitas a desafogar o judiciário, tão morosamente assoberbado; e, com isso, melhorar a prestação judicial. Portanto, traz maior enfoque aos modelos autocompositivos, reformulando seu procedimento.

A Conciliação, que é um dos modelos de autocomposição, e também objeto do presente trabalho, sofre algumas significativas modificações, as quais serão analisadas adiante.

2.1 A Conciliação no novo CPC

Uma das grandes preocupações do legislador ao elaborar o novo CPC foi o combate à morosidade da prestação judicial. Como exemplo, tem-se o disposto no art. 139, inciso V, em que o NCPC estabelece que o julgador deve, na condução/orientação do processo (mas não como autoridade, tendo em vista o discurso jurídico-democrático) estimular, prioritariamente, a conciliação.

O instituto da Conciliação não é inovação do novo Código de Processo Civil, já existindo outrora. Porém, é relevante este estudo posto que o novo diploma legal em comento trouxe mais enfoque a esse meio autocompositivo e reformulou algumas questões no tocante ao seu procedimento.

Assim, passemos a elencar algumas das modificações e inovações que entraram em vigor no ano de 2016.

De acordo com o procedimento processual cível, após a ação ser impetrada, a parte ré será citada. Junto à citação apenas se dará a intimação para apresentar a peça de Contestação caso haja impossibilidade de efetivar a autocomposição.

Como é extremamente raro haver tal impossibilidade, a regra geral é que se cite o réu – com 20 (vinte) dias de antecedência, sob pena de nulidade – e o intime para o próximo passo, qual seja a realização da Audiência de Conciliação e Mediação (a escolha entre uma ou outra é de competência do juiz, que deve indicá-lo desde logo).

Especificamente sobre a questão do prazo de 20 dias para a citação do réu e sua possível nulidade, o professor Daniel Assumpção afirma:

O prazo de antecedência mínima de 20 dias para a citação do réu, por outro lado, é prazo que necessariamente deverá ser atendido, sob pena de violação ao princípio do contraditório. A citação realizada com menos de 20 dias da realização da audiência é causa de nulidade, aplicando-se ao caso o princípio da instrumentalidade das formas, cabendo a decretação de nulidade apenas se ficar comprovado o prejuízo ao réu. O cumprimento dessa regra promete dificuldades procedimentais, que só poderão ser superadas com uma interação entre a pauta de audiências do centro judiciário de solução consensual de conflito e o juízo que determina a citação do réu. A dificuldade é manifesta, porque haverá dois órgãos distintos envolvidos no cumprimento da regra legal: como o juízo do processo, ao determinar a citação do réu, designará uma audiência que, em regra, não será realizada por ele? O juiz que determina a citação do réu não tem poder sobre a pauta de audiências do centro judiciário de solução consensual de conflito, devendo ser criada uma forma administrativa dele [sic] ter acesso à pauta do Centro para designar a data da audiência e dessa forma não correr riscos de descumprir a exigência do art. 334, caput, do Novo CPC. (NEVES, 2016, p. 569).

Conforme a citação transcrita, essa inovação do Novo Código de Processo Civil, segundo o autor, poderá trazer problemáticas procedimentais.

Tais questões, porém, devem ser reguladas posteriormente, com a prática diária, em vista de a audiência ter um alto nível de recorrência, sendo raros os casos em que não acontecerão.

Sobre essa questão de a Audiência de Conciliação e Mediação ser dificilmente afastada:

No tocante a obrigatoriedade da audiência deve ser destacado o art. 27 da Lei 13.140/2015 que prevê que se a petição inicial preencher os requisitos essenciais e não for o caso de improcedência liminar do pedido, o juiz designará audiência de mediação. Pela literalidade do dispositivo legal ora comentado, a audiência deverá ser designada em qualquer hipótese, mesmo que ambas as partes se manifestem expressamente contra sua realização. (NEVES, 2016, p. 572).

Isso porque é também uma inovação do Código de Processo Civil de 2015 o fato de que a audiência de conciliação e mediação apenas poderá ser afastada caso tanto a parte ré quanto a autora se manifestem, expressamente, sobre o desinteresse da existência de tal ato. Não sendo, portanto, suficiente apenas a manifestação unilateral de uma das partes.

Tais pontos serão melhor trabalhados no quarto tópico deste artigo.

O Novo Código de Processo Civil enfoca a maior notoriedade quanto aos procedimentos autocompositivos. Não se é de estranhar, tendo em vista que por meio da Conciliação, por exemplo, pode-se eliminar o conflito mais rapidamente e de maneira menos onerosa.

Ademais, trata-se de um modelo que guarda total coerência com o tão importante Estado Democrático de Direito. Nesse sentido:

O Estado Democrático de Direito é um modelo intencionado a conciliar e superar as colidentes filosofias liberal-burguesa e socialista, já que encamaram as diretrizes ideológicas condutoras de variadas sociedades ocidentais. No Brasil, sua escolha é expressa nos ditames literais do já aludido artigo inaugural da Carta de 1988 (CF, art. 1º). E uma das marcas peculiares a esse paradigma situa-se justamente na criação *democrática* do direito; afinal, vive-se, insista-se nessa ideia, num regime tido por *democrático*. Em última instância, quer isso significar a garantia de que ao povo se assegura a *participação*, direta ou indireta, no processo de formação de *decisões públicas*. (GRIFADO) (DELFINO, 2011, p. 336).

Assim, é perceptível que o instituto da conciliação, vez que não delega ao juiz o dever de proferir decisão (que poderia ter um caráter autoritário), ao menos na teoria, também é positivo no sentido de se aproximar e efetivar um direito mais democrático.

3 Historicamente: o ideal de justiça e a conciliação no Brasil

A sociedade brasileira é calcada em um sistema jurídico que, em vista de ser altamente positivado, culminou em uma cultura demasiada formalista e legalista no que diz respeito ao procedimento processual cível ordinário.

Assim, surge a dúvida sobre se a comunidade política está preparada para um Código de Processo Civil que pretende instaurar um modelo alternativo de solução de controvérsias e que traz, tão arraigado em si, a ideia social de cultura de pacificação.

Isso porque atualmente no Brasil há uma cultura de judicialização exacerbada que supervaloriza a imperatividade do estado-juiz, por meio da imposição de uma Sentença, sendo esse o melhor conceito, para a população leiga e de forma geral, do que seria o conceito de “Justiça”.

Nessa linha de raciocínio é o trecho que segue:

[...] parece correto afirmar que muito pouco do que se produziu sobre o timbre do “acesso à justiça” produz, por conseguinte, a inclusão ao sistema de direitos daqueles que demandam justiça ao Judiciário brasileiro. Uma vez que, quase sempre, se considera que o direito fundamental ao “acesso à justiça” corresponde a um direito à prestação judicial. Daí que, quase sempre, as pessoas acabam sendo incorporadas a uma ordem jurídica por meio de procedimentos estrategicamente organizados contra a participação e a compreensão daqueles que deveriam ser sujeitos do direito. (GRIFADO) (ROMÃO, 2003, p. 51).

Significa dizer que o acesso à justiça está, no imaginário social, vinculativamente arraigado com o conceito de judicializar (necessariamente) demandas, à espera que o Estado (terceiro imparcial e com força coercitiva) diga o direito a quem faz jus.

Isso vem, em grande parte, da ideia de “pensamento único do Direito”, que está delegado aos juízes e que, mesmo esses, têm de estar adstritos à dogmática jurídica ideal. Assim, seria impensável algo além da jurisdição, que está envolta em um ideal de pureza. Nas palavras expressas de Ildemar Egger:

Poderíamos falar de um pensamento único do Direito, representado pela ideologia que está por detrás de suas formulações dogmáticas ou no que se poderia chamar de pensamento do Estado de Direito. Nos territórios do direito pode-se dizer que existe um pensamento normativista ocupado na purificação de seus discursos, ou seja, em uma forma de pensamento único para o Direito que atribui uma plenitude de sentido para as normas do sistema jurídico, negando ao mesmo tempo em que seus juízes em seus atos de interpretação possam rebelar-se contra esses conteúdos purificados, evangelizados em nome da dogmática do Direito. Os juízes acabam envolvidos nessa montagem ideológica reprimindo a responsabilidade em suas decisões sublimadas no ideal de pureza. O pensamento de pureza normativa, bem como o pensamento epistemológico da plenitude significativa ou o pensamento único de globalização do sistema de produção tem como missão inibir, paralisar e finalmente excluir as formas rebeldes do saber, impedindo, no caso do Direito, interpretações contrárias, isto graças ao primado da manutenção do *status quo*. (EGGER, 2008, p. 22).

É notório, portanto, que essa questão de busca exacerbada de uma judicialização em detrimento de uma cultura jurídica de paz e autocompositiva tem sua razão de ser.

A autocomposição como coadjuvante também deve-se, como a maioria das questões sociais, às suas origens históricas, como se pode perceber nesse trecho:

No Brasil, a justiça conciliatória era regra durante o Império, possuindo o juiz de paz forte papel. Com o avanço do cientificismo e a unificação legislativa, [porém,] prevaleceu a concepção autoritária no Código de Processo Civil de 1939, no qual não havia previsão para conciliação no

procedimento comum ordinário, inclusive na audiência de instrução e julgamento (arts. 263/272). (GRIFADO) (MEIRELES; NETTO, 2011, p. 117).

Assim, a questão legalista e estritamente judicializante teve enfoque durante muitos anos neste país. Somente com o CPC de 1973, portanto 34 (trinta e quatro) anos após o CPC anterior, que houve a inserção da conciliação enquanto etapa da Audiência de instrução e julgamento.

No ano de 1994, com a Lei nº 8.952, houve a reforma do CPC e a inserção do artigo 125, IV, o qual previa que o juiz deveria buscar a conciliação em qualquer fase processual.

Assim, percebe-se que há uma mudança gradual no cenário brasileiro, que tem cada vez mais, desde o Código de Processo Civil de 1973, estimulado a conciliação.

Mas a inserção de métodos autocompositivos, como se é de esperar, não é tão simples em um meio tão (voltamos a enfatizar) judicializante.

Nesse cenário, e em relação à prática cotidiana da audiência de conciliação em especial, tem-se, pragmaticamente, que:

Normalmente as audiências se iniciam com a pergunta “há conciliação?”. Se a resposta é sim, lavra-se o termo; se não, encerra-se a audiência, o magistrado produz o saneamento e se agenda a audiência de instrução. Não há debate, não há diálogo sobre as questões envolvidas. O ambiente da audiência está voltado à decisão de quem tem razão em que, quem tem direito a que; significa, o direito parece ser uma divindade que irá decidir quem está com o direito. Esse ambiente é mantido e raramente quebrado pela ação de um advogado ou mesmo do juiz. (GRIFADO) (SILVA; RAMOS, 2007, p. 328).

Em que pese não ser objetivo deste trabalho propor uma solução, mas tão somente analisar a problemática, é notório que o sistema judicial, para que haja eficácia das medidas de conciliação e mediação, deve ser reformado em sua estrutura.

É preciso também ter em mente uma transformação epistemológica (teoricamente já em curso com a implantação do NCPC²), principalmente no que tange à ideia atual sobre a conciliação, tendo em vista notadamente os mutirões, os quais, apesar de apresentarem casos satisfatórios³, não obtiveram o êxito almejado.

Corroborando esse entendimento é a pesquisa empírica feita no ano de 2007, portanto antes da reforma processual em comento, que evidencia questões pragmáticas, a seguir relatada:

Entre os juízes que não vêem [*sic*] a audiência preliminar como mecanismo para enfrentar a morosidade processual, o principal argumento foi que “as partes nunca se conciliam durante, nem por causa da audiência”. Já os advogados declararam que perdem tempo com essas

² Podemos entender que essa transformação já está em curso ao analisarmos os dispositivos do novo CPC que dispõem sobre a criação de centros de conciliação e também ao que dizem respeito ao treinamento específico dos mediadores e conciliadores.

³ Considere-se, por exemplo, iniciativas como a da Juíza Federal Dayse Starling, ao promover a desocupação da Fundação Navantino Alves na cidade de Belo Horizonte; e, promovido pela mesma juíza, a desocupação do Anel Rodoviário – BR 381 – por meio de uma grande conciliação, ainda em curso; ou a Conciliação que está sendo realizada pelo juiz federal da cidade de Passos/MG, sobre a regularização do Parque Nacional da Serra da Canastra.

audiências e que seria melhor o sistema anterior, quando a audiência marcada era de instrução e julgamento, pois, não havendo a conciliação, partiam imediatamente para a instrução. Das observações realizadas durante as audiências, verificamos que as partes quase nunca têm a palavra, raramente participam, estão mais para assistir a audiência de conciliação do que para auxiliar na formação de um resultado; observamos também que os magistrados ou conciliadores não conseguem se afastar de sua postura de julgador e pouco abrem oportunidade ao debate. Dessas observações, concluímos que não cabe falar em acordo ou entendimento quanto aos direitos envolvidos no litígio, cabe, sim, falar em negociação de direitos, quando muito. Essa conclusão tem lugar devido à duração e à postura dos juristas nas audiências. Das 47 audiências, 48,97% tiveram duração de menos de 10 minutos e apenas 6, ou seja, 12,77%, tiveram duração de mais de 30 minutos. (GRIFADO) (SILVA; RAMOS, 2007, p. 328).

Infelizmente a realidade da prática conciliativa brasileira é, como se observa do relato acima, e na grande maioria dos casos, ainda distante da teórica resolução conciliatória decorrente da participação do sujeito numa interação jurídico-democrática.

Inegável, porém, a excelente iniciativa do Código Processual Civil de 2015, que vem, como cartada final, e na esperança de conseguir finalmente implementar e incorporar a tendência mundialmente perceptível da cultura jurídica de pacificação, inovar por meio da modificação dos procedimentos autocompositivos.

Entretanto é necessária certa cautela com relação às expectativas que estão sendo depositadas nas audiências de Conciliação e Mediação com o advento do CPC de 2015. Posto que, como sabido, o país ainda se encontra embebido na cultura judicializante.

4 Possíveis pontos negativos e problemáticas da conciliação

Antes de qualquer apontamento inicial, note-se que a autocomposição (notadamente a conciliação) parece ser uma democrática solução para o atual contexto brasileiro. Não se discorda disso. O que se pretende debater são as consequências negativas desse instituto, que por vezes não são devidamente analisadas e refletidas.

Ademais de questões como uma possível futura privatização da conciliação (que não será abordada nesse trabalho), tem-se pontos negativos desse instituto que são diversas vezes ignorados e que serão adiante demonstrados.

Pode-se afirmar, de forma geral, que tais desvantagens estão, de alguma forma – ao menos *en passant* – relacionadas com as causas históricas (situações fáticas) que tornaram necessária a adoção das medidas de autocomposição: a morosidade da justiça (longo trâmite processual), exacerbados custos do processo e a precária prestação jurisdicional.

Nesse sentido, é impossível olvidar que as mudanças propostas pelo NCPC no âmbito das Audiências de Mediação e Conciliação serão implantadas em um país que tem um contexto prévio de morosidade e acumulação de processos.

Na mesma esteira, note-se apontamento do renomado processualista professor Daniel Assumpção:

Agora vamos a vida como ela é. Para atender a enorme demanda, os centros judiciários de solução consensual dos conflitos deverão ter uma enorme estrutura, a ser formada pelos tribunais. Os mesmos tribunais que não tem condições nem de arcar com a estrutura já existente. Qualquer pessoa com mínima experiência no foro sabe que a chance maior é de que, criados, tais centros não consigam atender a enorme demanda a contento, até porque é difícil crer que venha a existir uma ilha de excelência num mar de crise. (GRIFADO) (NEVES, 2016, p. 573).

Em que pese, ressalte-se, a conciliação ser uma forma de resolução de conflitos que propicia pacificação social, deve-se destacar que, em vista de diversos fatores, as desvantagens da solução judiciária consensual, que podem ser latentes.

Um exemplo de desvantagem são os possíveis (e prováveis) acordos lesivos que podem ser feitos.

O artigo 334 do Novo CPC, em seu parágrafo nono, estabelece que as partes devem, no momento da realização da Audiência de Conciliação, estar acompanhadas de seus respectivos advogados particulares (ou, sendo o caso, do Defensor Público).

Tal dispositivo é de grande valia, pois ao prever a presença de um indivíduo com capacidade postulatória (e, portanto, conhecedor da legislação) evitar-se-ia a formação de acordos que pudessem ser lesivos a quaisquer das partes.

Ocorre que não se trata de algo imprescindível. Nesse sentido:

Apesar de aparentemente instituir um dever, o dispositivo não prevê a consequência de seu descumprimento. Entendo que não se trata efetivamente de um dever, mas de uma faculdade da parte, até porque o ato de autocomposição ou mediação é ato da parte, que independe de capacidade postulatória, de forma que a ausência de seu patrono nessa audiência não impede que a solução consensual seja obtida e homologada pelo juiz. Dessa forma, a ausência do advogado não impede a realização da audiência e a consequente autocomposição. (NEVES, 2016, p. 575).

Dessa forma, observa-se que o dispositivo em comento, apesar da boa intenção, não passa de uma faculdade da parte, momento em que não está apto a afastar “avenças inexecutáveis ou temerárias, nas quais as partes podem dispor de direitos que nem sabiam ser titulares” (NEVES, 2016).

Ademais, as medidas conciliatórias de solução de conflitos, via de regra, implicam, de alguma forma, em renúncias de direitos, e os acordos podem se tornar lesivos para os litigantes. No momento em que há, adicionado a isso, a imposição quase coercitiva da conciliação à maioria dos casos ajuizados em razão da necessidade do Estado em diminuir o número de processos, desafogando o Judiciário, tem-se uma problemática grave.

Corroborando a ideia da obrigatoriedade da Audiência de conciliação e a quase imposição de se firmar acordo conciliatório, para que, com isso, o Judiciário possa falar em celeridade na prestação jurisdicional, note-se:

[...] **o judiciário tem funcionado como lugar de pressão para se negociar direitos** e não como lugar ao debate e busca de entendimento sobre direitos. [...] O ponto mais grave em nosso entendimento foi a identificação de que os acordos são assinados sem as partes processuais terem a devida noção do que acabaram de vivenciar, assinam termos de acordos sem saber o que continha no termo de conciliação. Essa constatação foi obtida porque, após as audiências nas quais foram firmados os termos de conciliação, a equipe de pesquisa foi conversar informalmente com as partes e ouviu relatos tais como: “eu não sei bem o que houve naquela sala, assinei porque mandaram, no fim já nem sabia o que estava sendo dito”; “e eu podia dizer que não queria assinar aquele acordo?”. Desses depoimentos, identificamos mais um etnométodo: a visão autoritarista, o judiciário é visto como poder supremo. **Não há uma cultura da conciliação, os conciliadores e juízes ainda tratam a conciliação como objeto de decisão monológica e não dialógica**, pensam como autoridades e agem como donos de um poder de decisão e não como espaço para composição e construção decisória. As partes ainda são tratadas como uma espécie de “clientes assistidos” e não como integrantes e participantes do processo decisório. [...] O grave foi termos registrado que em nenhuma dessas audiências as partes souberam explicar, após a audiência, o que ficou definido como acordo final, logo, o que assinaram na frente do juiz. Já do lado de fora da sala de audiência, as partes precisaram da explicação do advogado para entender o que tinham assinado. Perguntados por nós por que assinaram, entre as respostas ouvimos: “porque meu advogado disse que eu não tinha alternativa”; “porque não estava me sentindo bem e queria ir embora logo dali”; “porque queria me livrar da confusão”; “porque o juiz disse que se eu continuasse poderia até perder o caso”; “porque só vim aqui só para ver a cara dele na frente de um juiz, pouco me interessava no que ia dar isso”. (SILVA; RAMOS, 2007, p. 330).

Com um Judiciário interessado em ver demandas serem resolvidas (extintas) de forma mais breve possível, a fim de assim tentar desafogar-se do mar processual em que está imerso, deve-se atentar para que os meios conciliativos não se tornem forma de opressão.

Leia-se:

Também não pode ser ignorada a sua advertência final de que o emprego dos meios alternativos não deve representar uma fuga da justiça estatal ou o remédio amargo para a denegação ou a excessiva morosidade da justiça estatal. Sempre que os meios alternativos se desenvolvem como reação à crise da Justiça Pública, eles nada mais são do que instrumentos de injustiça e sobreposição dos desígnios do mais forte sobre o mais fraco. Precisamos precaver-nos para esse risco, caso contrário, a imagem da mediação, da arbitragem e da conciliação pairarão como **instrumentos de opressão** e não de exaltação da dignidade humana, da tutela efetiva dos direitos dos cidadãos e do restabelecimento de uma convivência harmoniosa e pacífica. (GRIFADO) (GRECO, 2004, p. 12).

Deve-se observar, desta feita, a fim de afastar maiores prejuízos a uma das partes, a questão da equidade. Refletir sobre o tratamento igualitário que as partes devem receber por parte do judiciário e, mais ainda, a avaliação se, efetivamente, tais partes encontram-se em um patamar que lhes proporcionam um debate igualitário (independentemente de diferenças entre humildes e abastados, por exemplo).

A questão econômica quando se tem em vista a equidade entre as partes é de grande relevância. Nesse sentido, note-se:

Estudos revelam que a distância dos cidadãos em relação à administração da justiça é tanto maior quanto mais baixo é o estado social a que pertencem e que essa distância tem como causas próximas não apenas fatores econômicos, mas também fatores sociais e culturais, ainda que uns e outros possam estar mais ou menos remotamente relacionados com as desigualdades econômicas. Em primeiro lugar, os cidadãos de menores recursos tendem a conhecer pior os seus direitos e, portanto, a ter mais dificuldades em reconhecer um problema que os afeta como sendo problema jurídico. Podem ignorar os direitos em jogo ou ignorar as possibilidades de reparação jurídica [...] Em segundo lugar, mesmo reconhecendo o problema como jurídico, como violação de um direito é necessário que a pessoa disponha interpor a ação. Os dados mostram que os indivíduos das baixas classes hesitam muito mais que os outros em recorrer aos tribunais mesmo quando reconhecem estar perante um problema legal. (GRIFADO) (FARIA, 1989, p. 48).

Se já é notada uma problemática quanto ao menos abastado se enxergar como capacitado a recorrer ao Judiciário, que dirá de uma questão autocompositiva, que necessita (em teoria) da exposição ativa de uma das partes, mais humilde. Considerando, para tanto, a ligação entre questão econômica e baixo nível de conhecimento sobre seus direitos.

Há de se convir que os conciliadores devem, portanto, estar cientes de questões extrajurídicas que envolvem as partes, além de estar treinados e preparados para superação de barreiras e limites possivelmente existentes entre as partes litigantes. O desconhecimento, inobservância de questões econômicas e sociais dos jurisdicionados podem trazer problemas graves.

Assim, o conciliador:

[...] deve estar apto a verificar se as partes pretendem resolver o conflito amigavelmente e, caso positivo, se ambas estão preparadas para tal. Caso ainda não estejam, o terceiro deve se valer das técnicas da Psicologia para incentivar – e não obrigar – a concretização de um acordo efetivo. Como bem informa Ramirez e Mello ao tratar da mediação familiar e que se aplica a qualquer área jurídica que careça de intervenção da Psicologia, o conciliador deve realizar uma escuta diferenciada capaz de ultrapassar a manifestação extrínseca das partes, atingindo a subjetividade e até mesmo a inconsciência das pretensões. Isto porque NEM SEMPRE A MANIFESTAÇÃO EXPLÍCITA DAS PARTES TRADUZ SUA MAIS PURA VONTADE. É exatamente nesta hipótese que se insere o entendimento ventilado no capítulo anterior, quando se afirma que **o interventor, ao analisar um conflito, não deve primeiramente enquadrar o fato à norma, desprezando tudo aquilo que não tiver “importância legal”**. (GRIFADO) (BRUNO, 2012, p. 126).

Assim, superada a questão de a parte com baixo poder aquisitivo recorrer ao Judiciário, ingressar com uma ação e ter conhecimento para expor seu ponto de vista em uma Audiência de Conciliação; deve-se, ainda, atentar (com critérios que extrapolam os existentes no mundo jurídico) se a parte efetivamente manifestou-se de forma a resguardar o seu íntimo e real interesse.

Infelizmente não existem recursos para contratar profissionais das áreas da psicologia, sociologia, linguística e etc., para acompanhar cada Audiência de Conciliação. Assim, a garantia da equidade deve ficar a cargo exclusivo do Poder Judiciário, que no caso em comento está representado na figura do Conciliador.

Apesar de presumível em apenas alguns casos específicos, a hipossuficiência e vulnerabilidade de uma das partes existe e não se dá apenas em casos latentes como no Direito do Trabalho ou do Consumidor. Pode ocorrer entre pessoas físicas ditas comuns. E isso ocorre porque o chamado direito à informação, de forma infortúnia, não alcança a todos. Observe-se:

Esse dado, o direito à informação, como elemento essencial para garantir o acesso à justiça em países em desenvolvimento como o nosso é tão importante como o de ter um advogado, um defensor, que estejam à disposição daqueles necessitados que, conhecedores dos seus direitos, querem exercê-los. Trata-se de pessoas que não têm condição sequer de serem partes – os “*não-partes*” são pessoas absolutamente marginalizadas da sociedade, porque não sabem nem mesmo os direitos que dispõem ou como exercê-los; constituem o grande contingente do nosso país. (CARNEIRO, 1999, p. 58).

Em vista de todo o exposto, fica notória a possibilidade real, no caso concreto, de estabelecimento de acordo em que uma das partes, invariavelmente, restará lesada.

Ademais, leve-se em conta o lapso temporal perdido com a realização de uma Audiência de conciliação que é quase obrigatória, mesmo quando não desejada por uma das partes.

Importa salientar que o NCPC estabelece apenas duas possibilidades de em que a audiência de conciliação ou de mediação podem ser afastadas. A primeira, em casos que a autocomposição não é admitida. A segunda, quando as partes expressamente se pronunciam sobre o desinteresse na resolução consensual (em comum acordo, não sendo suficiente o desinteresse de apenas um dos litigantes para afastar a aplicabilidade da conciliação, em clara afronta à autonomia da vontade).

Além disso, como sabido, o CPC anterior propunha que “se o litígio não admitir transação, ou se as circunstâncias da causa evidenciarem ser improvável sua obtenção, o juiz poderá, desde logo, sanear o processo e ordenar a produção da prova”. O novo código, porém, não confere ao juiz a possibilidade de ultrapassar o lapso temporal dedicado ao momento quase obrigatório da conciliação, mesmo quando aquele, com conhecimento jurídico, entende a improbabilidade latente da autocomposição.

Nesse sentido:

Segundo o § 4.º do art. 334 do Novo CPC, o juiz dispensará a realização da audiência quando ambas as partes manifestarem, expressamente, desinteresse na composição consensual. A exigência de que o desinteresse na realização da audiência seja manifestado de forma expressa por ambas as partes é uma triste demonstração do fanatismo que tem tomado conta do âmbito doutrinário e legislativo a respeito da solução consensual do conflito. Como diz o ditado popular, “**quando um não quer, dois não fazem**”, de modo que a manifestação de uma das partes já deveria ser suficiente para que a audiência não ocorresse. Apesar disso, a opção do legislador foi clara em entender que mesmo quando apenas uma das partes não quer a realização da audiência ainda será possível a obtenção da autocomposição, de forma que o desinteresse de apenas uma das partes não será o suficiente para a não realização da audiência como aceitar corrente doutrinária que, amparada na autonomia da vontade da parte e da isonomia, entende em sentido diametralmente oposto ao do texto legal, defendendo que o desinteresse de apenas uma das partes já é o suficiente para a não realização da audiência. Não vejo nesse caso um desrespeito ao princípio essencial da solução consensual do conflito, qual seja, a voluntariedade, porque o Novo Código de Processo Civil não obriga às partes a fazerem a mediação ou a conciliação, mas apenas obriga a parte que não pretende, ao menos inicialmente, resolver o conflito dessa forma a comparecer à audiência. A obrigatoriedade de presença, até

mesmo sob pena de sanção pecuniária, é bem diferente da obrigatoriedade de se resolver o conflito pela via consensual. Trata-se, insisto, de infeliz opção legislativa, mas que deve ser respeitada. (NEVES, 2016, p. 572).

Ressalte-se, outrossim, que o NCPC ainda estabelece uma multa de até 2% da vantagem econômica pretendida ou do valor da causa, caso uma das partes falte, sem justificativa, à audiência de conciliação, visto que tal ato é considerado ato atentatório à dignidade da justiça.

Sobre a multa em comento:

A norma é mais um fruto do fanatismo que se instaurou entre alguns operadores do Direito em favor da conciliação e mediação como forma preferencial de solução de conflitos. Poder-se-á questionar: que sentido tem obrigar a presença das partes para uma audiência em que exclusivamente se tentará a conciliação ou a mediação? Seria uma sanção apenas porque a parte não pretende conciliar ou mediar? Não atenta contra o constitucional direito de ir e vir criar um dever de comparecimento a essa audiência, mesmo que seu objetivo não seja pretendido pela parte, que inclusive expressamente se manifesta nesse sentido? Por outro lado, **o legislador não parece ter atentado para o fato de que a realização obrigatória dessa audiência, mesmo com parte que manifestamente não pretende a solução consensual, congestionará a pauta de audiências de maneira considerável, atrasando ainda mais o já lento procedimento.** (GRIFADO) (NEVES, 2016, p. 575).

Nesse sentido, em que pese os pontos positivos das chamadas medidas de pacificação, nota-se que o novo Código de Processo Civil acaba por burocratizar esse instituto quando o torna quase compulsório, visto que obriga a parte, mesmo contra a sua vontade, a se submeter à conciliação, em vista da vontade de somente uma delas. Sem mencionar que isto pode ensejar, quando da má-fé, atos protelatórios.

Há, ademais, que se repensar a questão econômica, com o custo total da conciliação judicial, notadamente o pagamento dos profissionais, atualmente voluntários.

Nesse sentido, concorda-se com o uso da conciliação, mas se acredita que alguns aspectos devem ser repensados e melhor disciplinados. Isso porque, o modo como ocorre a autocomposição é vital para seu êxito. Leia-se:

[...] merecem registro, ainda que com reparos, os diversos ensaios e tentativas de implementar mecanismos autocompositivos, dentro de sistemas processuais na segunda metade do século XIX e na primeira metade do século XX. Não há, contudo, quaisquer registros fidedignos de bom êxito desses ensaios e tentativas. (AZEVEDO, 2003, p. 160).

Isto se dá, basicamente, porque, conforme Azevedo (2003, p. 160), “[...] quando a autocomposição é imposta, há perda de sua legitimidade, na medida em que as partes muitas vezes não são estimuladas a comporem seus conflitos e sim coagidas a tanto.” É a denominada pseudo-autocomposição, a qual o renomado processualista Zamora y Castillo criticou em muitos de seus escritos.

Desta feita, há o receio de que, no Brasil, e da forma como prescreve o NCPC, o estímulo aos meios autocompositivos acabe tornando-se uma imposição do uso desses meios, como se observou na Itália, com a Lei de Conciliação de 1892. Nesse sentido:

Dos poucos registros encontrados acerca dessa norma, nota-se que se esperava do conciliador uma conduta adequada para que as partes pudessem, em decorrência da sua atuação, compor a controvérsia, contudo em momento algum tratava de técnicas ou mesmo fases da conciliação. Abandonados a uma conduta profissional exclusivamente intuitiva, os conciliadores muitas vezes não conseguiam auxiliar na resolução da disputa, fazendo com que a própria Lei de Conciliação e outros dispositivos referentes a meios autocompositivos no Código de Processo Civil Italiano perdessem grande parte de sua eficácia. (AZEVEDO, 2003, p. 159).

Assim, e tendo em consideração todos os argumentos desenvolvidos nesse tópico, é necessário se atentar para as devidas cautelas quanto à implantação das mudanças propostas pelo NCPC no que tange à Conciliação.

Também, e ainda mais importante, é preciso reanalisar a expectativa exacerbada que os juristas atualmente depositam na efetividade e satisfatividade da prestação jurisdicional por meio dos modelos autocompositivos (em vista do contexto cultural brasileiro), sem, contudo, perder a esperança de reformular e desafogar o Judiciário.

5 Conclusão

Por todas as questões que foram levantadas no presente trabalho, sobre os acordos firmados em contexto de Conciliação, nota-se que é necessário repensar os meios autocompositivos, notadamente o instituto da Conciliação, enquanto modelo de solução indiscutivelmente eficaz para solucionar a crise do sistema jurídico brasileiro.

Impossível negar que, quando se trata de resolução de conflito com vistas a desobstruir a via judicial, conduzindo-se por um procedimento mais célere e com trâmite mais ágil (comparado ao esgotamento do procedimento comum ordinário) a Conciliação se demonstra como excelente opção.

Efetivando o acesso à justiça de forma célere, com menor onerosidade e ainda trazendo a ruptura com o formalismo, parece ser opção ideal e longe de qualquer problemática.

Ocorre que a cultura jurídica brasileira é de transferência, ao Estado-juiz, do monopólio da resolução dos conflitos; e essa visão de acesso à justiça enquanto o mero direito de acionar o Poder Judiciário e obter uma decisão que transforme uma parte em necessariamente vencedora, ainda (mesmo com a implantação das Audiências de Conciliação) não foi mudada.

Embebidos nesse contexto, o Conciliador ainda se enxerga como terceiro que detém certa autoridade sobre o processo e que tem objetivo exclusivo de obter um acordo célere, muitas vezes independente da justeza de seu conteúdo; e as partes ainda estão, em sua maioria, distantes da

construção de um discurso democrático para a obtenção da solução (muitas vezes desconhecendo seus direitos). O Judiciário, de forma geral, ainda enxerga na Conciliação um simples meio de se desafogar.

Muitos fatores contribuem para essa questão, como a formação acadêmica dos operadores de Direito, que é voltada, fundamentalmente, para solucionar uma situação contenciosa, com processo judicial e, ao final, com uma sentença imperativa.

Em que pese o cenário desestimulante em que se insere o Brasil, os esforços para a melhoria do sistema judiciário e a mudança de pensamento em relação aos meios autocompositivos, apesar de lentamente, vêm sendo demonstrados.

Apenas é preciso, repita-se, uma análise crítica e olhar mais cauteloso quanto à autocomposição, diversas vezes enaltecida e proposta como boia salva-vidas a todos os problemas existentes atualmente no Judiciário. Cautela é necessária exatamente em razão da cultura judicializante exposta.

Referências

AZEVEDO, André Gomma de. **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília: Grupos de Pesquisa, 2003. v2.

BEZERRA, Paulo Cesar Santos. **Acesso à Justiça**: um problema ético-social no plano da realização do direito. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BUENO, Cassio Scarpinella. **Novo Código de Processo Civil anotado**. São Paulo: Saraiva, 2015.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. A Mudança de Cultura pela Composição de Litígios. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Doutrina**: edição comemorativa, 25 anos. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2014.

BUZZI, Marco Aurélio Gastaldi. Movimento pela Conciliação – um Breve Histórico. In: RICHA, Morgana de Almeida; PELUSO, Antonio Cezar (coords.). **Conciliação e Mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

BRUNO, Susana. **Conciliação**: prática interdisciplinar e ferramentas para a satisfação do Jurisdicionado. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.

CARDOSO, Robson Egidio. A imposição da conciliação pelo Estado como solução para a ineficiência da prestação jurisdicional. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2413, 8 fev. 2010. Disponível em: <<http://jus.com.br/artigos/14316>>. Acesso em: 08 de novembro de 2015.

CARNEIRO, Paulo Cezar Pinheiro. **Acesso à justiça**: juizados especiais cíveis e ação civil pública. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

CINTRA, Antonio Carlos de Araújo; GRINOVER, Ada Pellegrini; DINAMARCO, Cândido Rangel. **Teoria Geral do Processo**. 24 ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

COSTA, Alexandre Araújo. Cartografia dos métodos de composição de conflitos. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudo de Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisas, 2004.

DEUTSCH, Morton. A Resolução do Conflito. Trad. Arthur Coimbra de Oliveira. In: AZEVEDO, André Gomma de (org.). **Estudo de Arbitragem, Mediação e Negociação**. Vol. 3. Brasília: Grupos de Pesquisas, 2004.

EGGER, Ildemar. **Cultura de paz e mediação**: uma experiência com adolescentes. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008.

FARIA, José Eduardo (Org.). **Direito e justiça**: a função social do judiciário. São Paulo: Ática, 1989.

FONSECA, Rafael Campos Soares da; FONSECA, Reynaldo Soares da Fonseca. O Princípio do Devido Processo Legal e a Conciliação. **Revista do Tribunal Regional Federal: 1. Região**, Brasília, v. 26, n. 3/4, p. 17-22, mar./abr. 2013.

GRECO, Leonardo. Prefácio. In: MEDINA, Eduardo Borges de Mattos. **Meios alternativos de solução de conflitos: o cidadão na administração da justiça**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2004.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Os fundamentos da Justiça Conciliativa. In: **Revista da Escola Nacional da Magistratura**, ano II, n. 5, pp. 22-27, mai. 2008.

NEVES, Daniel Amorim Assumpção. **Manual de Direito Processual Civil**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2016.

NORTHFLEET, Ellen Gracie. Novas Fórmulas para Solução de Conflitos. In: TEIXEIRA, Sálvio de Figueiredo. **O Judiciário e a Constituição**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ROMÃO, José Eduardo Elias. A mediação como procedimento de realização de justiça no âmbito do Estado Democrático de Direito. In: AZEVEDO, André Gomma de. (org.). **Estudos em Arbitragem, Mediação e Negociação**. Brasília, Grupos de Pesquisa, 2003. v. 2.

SILVA, Artur Stamford da.; RAMOS, Chiara. Conciliação judicial e a função social das profissões jurídicas: uma análise etnometodológica do direito. **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, a. 44; n. 175, jul./set. 2007

SILVA, Érica Barbosa e. **Conciliação Judicial**. Brasília: Gazeta Jurídica, 2013.

WAMBIER, Teresa Arruda Alvim et al. **Primeiros Comentários ao Novo Código de Processo Civil**: artigo por artigo. São Paulo: RT, 2015.

WATANABE, Kazuo. Cultura da Sentença e Cultura da Pacificação. In: **Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover** (org. Flávio Luiz Yarchell e Maurício Zanoide de Moraes), São Paulo: DPJ, 2005, pp. 684-690.



O ACESSO À JUSTIÇA E A MEDIAÇÃO: um modelo a partir do uso da linguagem e da interação social

Raquel Ribeiro de Rezende¹

RESUMO: A sociedade, gradativamente, está adquirindo uma postura consciente de que o acesso à justiça não pode ser entendido como sinônimo de acesso ao Judiciário. Este deve ser encarado como a última alternativa. E o mais curioso e admirável é que com o crescente aumento da demanda de conflitos, as pessoas estão interessadas em compreender os benefícios da mediação no mundo da vida por meio da facilitação e fomento do diálogo.

Palavras-chave: justiça. Conflitos. Mediação.

ABSTRACT: The company gradually is getting a conscious attitude that access to justice can not be understood as a synonym for access to the judiciary. This should be seen as a last resort. And the most curious and remarkable is that with the increasing demand of conflict, people are interested in understanding the benefits of mediation in the world of life by facilitating and promoting dialogue.

Keywords: justice. Conflict. Mediation.

1 Introdução

No ordenamento jurídico pátrio, o legislador concebeu formas diversas de solução de litígios em meio às dificuldades enfrentadas pelo Judiciário como, por exemplo, a mediação que se apresenta como meio adequado, integrativo e não adversarial de resolução de conflitos, em que as partes participam voluntariamente na presença de um terceiro que centra na influência da vitória recíproca do instituto.

A prática mediática se torna, aos poucos, uma forma eficiente para solucionar disputas ou questões em substituição da justiça contenciosa, em que o acesso à justiça corresponde a um compromisso social.

O presente artigo pretende discorrer não só a contribuição social de tal método, bem como a dimensão do acesso à justiça como um direito fundamental. O seu exercício pode ser facilitado não se tratando apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o acesso à ordem jurídica justa.

¹ PPGSD/UFF.

2 Noções sociológicas e o acesso à justiça

Para iniciar um estudo dos meios adequados na resolução de conflitos, é imperioso tecer algumas considerações sobre a sua relação íntima e notória com o que permeia o acesso à justiça, com previsão constitucional no Art. 5º, XXXV: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito.”

O que significa então o acesso à justiça? Deve-se considerar, primeiramente, na obra “Acesso à Justiça”², de Mauro Capelletti e Bryant Garth, como esta expressão acesso à justiça alude a duas finalidades principais do sistema jurídico, que são: o sistema em que há a reivindicação dos direitos pelas pessoas e a resolução dos seus litígios sob as promessas do Estado.

Em princípio, o sistema deve ser acessível, de forma igualitária a todos e, deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos. Com base na obra citada acima, tem-se que a premissa básica será de que a justiça social, tal como desejada por nossas sociedades modernas, pressupõe o seu efetivo acesso.

Vale destacar um trecho da renomada obra “Acesso à Justiça”, de Mauro Capelletti e Bryant Garth: “O acesso à justiça pode, portanto, ser encarado como o requisito fundamental – o mais básico dos direitos humanos – de um sistema jurídico moderno e igualitário que pretende garantir, e não apenas proclamar os direitos de todos”³.

Partindo da ideia de que o povo é o destinatário real e supremo da justiça⁴, o acesso à justiça vem, então, para garantir os direitos, e não só dizê-los.

Os autores, ainda, elencam alguns dos sistemas de assistência judiciária existentes em diversos ordenamentos jurídicos. No sistema brasileiro, tem-se a Defensoria Pública, cujos membros são escolhidos por meio de concurso público, no qual são aferidos os conhecimentos dos candidatos e tende a assegurar, ao menos, o grau de qualificação desejável daqueles que exercerão esta função.

Só que há um problema nisso tudo, segundo a autora e magistrada Luciana de Oliveira Leal Halbritter, em seu artigo⁵. O problema reside na deficiência de várias camadas da população, em especial as mais pobres, no que toca ao conhecimento de seus direitos e deveres. Esta deficiência possui origens não apenas na baixa qualidade do ensino, mas também na ausência de uma cultura de conscientização,

² CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988.

³*Idem*, p. 9.

⁴ O direito à igualdade assegura a todos, independentemente de condição econômica ou social, o acesso igualitário à justiça.

⁵ HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. *O acesso à justiça e a celeridade na tutela jurisdicional*. Disponível em: <<http://www.escolalivrededireito.com.br/artigos/o-acesso-a-justica-e-a-celeridade-na-tutela-jurisdicional/>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

que não deve se limitar ao ensino escolar, por não suprir todas as necessidades de conhecimento e de valores dos indivíduos.

Ainda, a autora afirma que uma das três “ondas” de acesso à justiça, mencionadas por Cappelletti, em sua obra, está intrinsecamente ligada à problemática da representação adequada de direitos difusos.

Isto porque ainda que se tenha um bom sistema normativo de proteção de direitos difusos - o que existe no Direito Brasileiro, com a ação civil pública, a ação popular e as normas específicas de tutela do consumidor, da criança e do adolescente e outras -, se os indivíduos aos quais estas leis e a tutela eventualmente prestada beneficiam não tiverem consciência de seus direitos e, do alcance da norma e da decisão judicial que os beneficia, não terão a iniciativa de buscar sua aplicação a sua própria esfera jurídica, tornando inócua toda a sistemática de proteção vigente.

Embora a experiente juíza conclua seu artigo através de constatações e sugestões para a agilização da prestação da tutela jurisdicional e o aumento do acesso à justiça, ela acaba por relacionar esse acesso pleno à tutela do Estado, na figura somente do Poder Judiciário, para que se assegure o direito de cada um.

O Estado-juiz possui a legitimidade da jurisdição sim, com suas decisões cogentes e vinculadas. No entanto, deve-se tomar lugar, paulatinamente, no posicionamento dos operadores do direito, inclusive, a desmistificação de que o acesso ao Judiciário corresponde ao acesso à justiça.

A resolução judicial, dentro dos meios de resolução de conflitos, apresenta um processo judicial tradicional adversarial, litigioso, imperativo. Processo esse dividido em etapas e, que na sentença, o magistrado aplica a lei ao conflito. É a imposição da decisão do Estado-Juiz às partes, as quais não possuem qualquer controle sobre a solução. Só há que se falar em vencedor e vencido.

E é nesse contexto que se edifica, então, um novo conceito de acesso à justiça, onde o Estado e a Sociedade, em parceria, comprometem-se a resolver conflitos por meio de diversos mecanismos de resolução de conflitos e não exclusivamente pela via dos tribunais⁶.

Como já mencionado anteriormente, o princípio garantidor do acesso à justiça está presente na Constituição Federal de 1988, artigo 5º, XXXV, enquadrado dentro dos Direitos e Garantias Fundamentais, mais especificamente nos Direitos Individuais e Coletivos.

Kazuo Watanabe⁷ aborda o tema com muita propriedade: “

⁶CABRAL, Marcelo. *Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça*. Disponível em: <<http://niaajuris.org.br/index.php/publicacoes/676-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-instrumentos-de-ampliacao-do-acesso-a-justica->>. Acesso em 05 de julho de 2015.

⁷ WATANABE, Kazuo. *Acesso à Justiça e sociedade Moderna*. In Participação e processo, São Paulo, Ed. RT, 1988.

A problemática do acesso à Justiça não pode ser estudada nos acanhados limites dos órgãos judiciais já existentes. Não se trata apenas de possibilitar o acesso à Justiça enquanto instituição estatal, e sim de viabilizar o *acesso à ordem jurídica justa*. (grifo nosso)

Neste diapasão, iniciou-se, a partir dos anos setenta, podendo assegurar que as soluções para este acesso são: a primeira “onda”, englobando os hipossuficientes econômicos, a segunda “onda”, os interesses transindividuais e a terceira “onda”, com novas fórmulas de instrumentos.

A advogada pernambucana Ana Flavia Melo Torres, em seu trabalho monográfico⁸, explica, que no primeiro momento, denominado de primeira onda, os esforços foram dirigidos, adequadamente, aos pobres. Tais reformas se concretizaram seguindo dois sistemas básicos de atuação: através do sistema *Judicare* e de advogados remunerados pelos cofres públicos. Alguns países, inclusive, recentemente, adotaram os dois modelos combinados.

O sistema *Judicare* - os principais países a adotar este sistema foram Áustria, Inglaterra, Holanda, França e Alemanha - é colocado por Mauro Cappelletti⁹ como:

Um sistema através do qual a assistência judiciária é estabelecida como um direito para todas as pessoas que se enquadrem nos termos da lei. Os advogados particulares, então, são pagos pelo Estado. A finalidade do *Judicare* é proporcionar aos litigantes de baixa renda a mesma representação que teriam se pudessem pagar um advogado.

O sistema de assistência judiciária, com advogados remunerados pelos cofres públicos, inserido em primeiro lugar nos Estados Unidos da América (*Legal Services Corporation*), individualizou-se por prestar a assistência não só judiciária, mas também jurídica prévia e informativa, aos pobres, realizando “grandes esforços no sentido de fazer as pessoas pobres conscientes de seus novos direitos e desejosas de utilizar advogados para obtê-los”¹⁰.

De acordo com a autora Ana Flavia Melo Torres, em seu artigo supracitado¹¹, após a reformulação dos serviços de assistência judiciária, o “movimento acesso à justiça” enfrentou outra barreira, agora de caráter organizacional. A segunda onda vem buscando resolver a representação dos interesses coletivos, difusos e individuais homogêneos.

Num primeiro momento atribuiu-se ao Ministério Público a tutela destes direitos, mas sendo o *Parquet* representante natural em juízo dos interesses públicos tradicionais, esta solução não vingou, já

⁸ Trabalho monográfico intitulado “Acesso à Justiça”, de autoria da advogada Ana Flavia Melo Torres, realizado para ser entregue como forma de avaliação da disciplina Direito Processual Constitucional, ministrada pelo professor Wellington Cabral Saraiva, no Curso de Especialização *latu sensu* em Direito Processual Civil pela Universidade Federal de Pernambuco.

⁹ CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. *Acesso à justiça*. Porto Alegre. Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, p. 35.

¹⁰ *Idem*, p. 42.

¹¹ TORRES, Ana Flavia Melo. *Acesso à Justiça*. Disponível em: <http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em 05 de julho de 2015.

que esses direitos, apesar de serem públicos, são muito novos, no que diz respeito à especialização e à técnica, que na maioria das vezes inviabiliza a ação do órgão estatal.

Surgiram, assim, agências públicas especializadas como, por exemplo, a *Environmental Protection Agency* (EDA nos Estados Unidos e o *Ombudsman* público dos consumidores na Suécia). Além destas, as legislações passaram a expandir a possibilidade de participação no polo ativo das ações para defesa destes direitos.

Gradativamente, foram acolhidas inúmeras organizações não estatais como legitimadas para tutela de direitos coletivos e difusos, sem falar na criação de novas ações, como por exemplo, as *class action* ou ações coletivas nos EUA.

Uma terceira onda se formou e ainda não se exauriu na busca da superação do “obstáculo processual”. Diante da constatação de que somente os mecanismos anteriormente mencionados eram ainda insuficientes ao efetivo acesso à justiça, busca o movimento de acesso à justiça, novas alternativas para resolução de conflitos que não adstritas ao ordenamento processual.

Algumas destas alternativas, observadas no plano do pluralismo jurídico, já são aceitas como instrumento procedimental competente para dirimir litigiosidades, como, por exemplo, a mediação, a conciliação e a arbitragem.

A questão do acesso à justiça somente começou a ter contornos transformadores após o final da ditadura militar, nos primórdios dos anos oitenta e, em razão disto, as três “ondas” ocorreram ao mesmo tempo.

Dos frutos produzidos nestes poucos anos, pode-se citar a Ação Civil Pública, instituída pela Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a tutela do meio ambiente, aos direitos do consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico e turístico e qualquer outro interesse difuso ou coletivo, o Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990), o Código de Proteção e Defesa do Consumidor (Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990), a Lei Complementar nº 76, de 06 de julho de 1993, que institui o processo de desapropriação de imóvel rural, por interesse social, para fins de reforma agrária, a Lei Complementar nº 80, que organiza a Defensoria Pública da União, do Distrito Federal e dos Territórios e indica normas gerais para organização das defensorias dos estados-membros e os Juizados Especiais Cíveis e Criminais (Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995).

A Constituição Federal de 1988 foi, de longe, o mais competente instrumento legal pátrio de ampliação da cidadania e das garantias de efetivo acesso à justiça, devido ao seu art. 5º, inciso LXXIV, que claramente dispõe: “o Estado prestará assistência jurídica integral e gratuita aos que comprovarem insuficiência de recursos”.

Também prevê em seu art. 134 a criação da Defensoria Pública: “instituição essencial à função jurisdicional do Estado, incumbendo-lhe a orientação jurídica e a defesa, em todos os graus, dos necessitados, na forma do art. 5º, LXXIV”.

Muito se discute se os métodos correspondem a métodos alternativos de resolução de conflitos ou se são métodos adequados de resolução de conflitos. Esta última nomenclatura costuma ser a mais apropriada além de exibir moldes mais modernos, visto que busca demonstrar que cada conflito teria um método mais específico para ter um resultado mais positivo.

Importa salientar que esses meios adequados, antes chamados de alternativos, voltam-se aos direitos disponíveis, ou seja, passíveis de negociação. Bom lembrar a impossibilidade de utilizá-los com os direitos indisponíveis.

Segundo a autora Deborah Duprat¹², os direitos indisponíveis assentam no fato de que são direitos universais, no sentido lógico da quantificação universal da classe dos sujeitos que são seus titulares, além de serem personalíssimos. Observa, ainda, que os direitos fundamentais têm seu título imediatamente na lei. Assim, os direitos fundamentais são normas, que decorrem direta e imediatamente de regras gerais de nível habitualmente constitucional¹³.

Assim sendo, o acesso à justiça passa a ser entendido como um conjunto de meios colocados à disposição da sociedade para a solução de litígios, que devem ser escolhidos por critérios de adequação, reservando-se a jurisdição, em muitos casos, à condição de *ultima ratio* desse sistema.

3 A mediação

As mudanças da sociedade jurídica contemporânea trouxeram consigo um grande desafio: a necessidade de aprender outras formas de resolver impasses para facilitar a construção da cultura da pacificação dos conflitos e o abandono do costume da sentença, muito presente ainda.

Neste diapasão, o acesso à justiça é um direito fundamental e o seu exercício pode ser inserido e melhor facilitado através da mediação e dos seus agentes. E a mediação, nesse cenário, surge como um meio alternativo de acesso à justiça em que o Judiciário não é mais a única opção de resolução dos conflitos¹⁴.

¹² E também subprocuradora-geral da República e coordenadora da 6ª Câmara de Coordenação e Revisão do Ministério Público Federal.

¹³DUPRAT, Deborah. *Direitos fundamentais e direitos patrimoniais*. Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/o-papel-do-judiciario/direitos-fundamentais-e-direitos-patrimoniais>>. Acesso em 05 de julho de 2015.

¹⁴ Retirado do artigo “A mediação como instrumento transformador da cidadania” apresentado e publicado no I Seminário UFF x UERJ x UNESA x UNISC no Rio de Janeiro em 2013, desta autora em coautoria com a professora e pesquisadora Cibele Carneiro da Cunha Macedo Santos.

A prática mediática se torna uma forma eficiente para solucionar disputas ou questões em substituição da justiça contenciosa, em que o acesso à justiça corresponde a um compromisso social.

As partes discordantes e em litígio são auxiliadas por uma terceira pessoa, de sua confiança, que de forma neutra e imparcial, as ajudará a restabelecerem as suas comunicações, buscando um acordo.

A mediação também pode ser encarada como um instrumento transformador da cultura do conflito pela cultura do diálogo, da troca do dissenso pelo consenso, influenciando de forma engrandecedora na cidadania de todos.

E é imperioso trazer à lume, dentro do contexto da cultura do diálogo, a teoria da ação comunicativa de Habermas¹⁵ a qual envolve uma visão particular sobre como a coordenação social é efetuada por meio da linguagem. Considera uma abordagem “formal-pragmática” para linguagem como a mais adequada para a teoria social. Essa abordagem vai além de análises semânticas e sintáticas para examinar as estruturas gerais que permitem interações bem sucedidas.

Após algumas investigações empíricas, percebeu-se que o uso da linguagem e a interação social dependem, necessariamente, de noções de validade como a verdade, a retidão normativa, a sinceridade e a autenticidade. Tudo isso muito presente no modelo ideal do universo mediático.

Com base ainda em Habermas, idealizando uma disputa dentro de um grupo em que seus membros se interessam em resolver consensualmente através de critérios de validade. Segundo ele, a resolução de conflitos com base em um acordo fundamentado envolve pelo menos 3 pressupostos ideais: os membros devem assumir que eles significam a mesma coisa com as mesmas palavras e expressões; devem se considerar como racionalmente responsáveis; e devem supor que, quando chegam a uma solução mutuamente aceitável, os argumentos de apoio justificam uma confiança que quaisquer reivindicações de verdade, justiça, etc. que sustentam seus consensos não serão posteriormente tidos como equivocados. Ainda que estejam equivocados, haveria motivo para reabrir a discussão envolvendo pretensões de validade, chegando num acordo de forma comunicativa.

Se trouxermos a ação comunicativa para o universo da mediação, encaixa-se essa articulação social ideal a partir da flexibilização dada pela linguagem comum, que as comunicações são capazes de mediar os subsistemas funcionais e o mundo da vida.

Além de ser facilitadora do diálogo, a mediação corresponde a uma intervenção mais célere e menos onerosa. Mais célere, pois não apresenta os entraves do aparato estatal e menos onerosa por não necessitar da contratação de um advogado e por não necessitar de custas para impulsioná-la, já que o seu combustível é a vontade de interagir objetivando o bem comum: o diálogo facilitado e apaziguador em uma sociedade com os conflitos relacionais em ebulição.

¹⁵ HABERMAS, Jürgen. *Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy*. Transl. William Rehg. Cambridge: MIT, [1992] 2001.

Apresenta como escopo, basicamente, a pacificação social, a prevenção e a solução de litígios, de maneira tal que haja a humanização da disputa, a manutenção das relações sociais e a compreensão recíproca visando uma maior realização pessoal dos indivíduos.

Os partícipes dos conflitos necessitam de orientação, incentivo e conscientização para se encaixarem como pensadores e reais atuantes em prol da mediação. E o melhor auxiliador nesta empreitada é o mediador devidamente treinado, cuja missão não é decidir, mas contribuir para que as partes demonstrem mais sinceridade, e alertá-las dos possíveis entraves ao acordo, na tentativa de removê-los de forma consciente, desenvolvendo a verdadeira manifestação de suas vontades e a intenção de compor o litígio como alternativa ao embate.

O benefício da participação dos mediadores como atores sociais é inestimável. E o mediador pode, a princípio, ser qualquer um, desde que tenha a confiança das partes, desde que seja um terceiro imparcial, neutro e equidistante das partes para que a livre comunicação não seja afetada prejudicialmente.

Helena Muñoz¹⁶ afirma no capítulo 10 que uma tarefa importante da sua obra é ajudar as partes a entender melhor a situação da disputa e também o outro, mas, para isso, devem identificar e falar sobre seus interesses verdadeiros. Esses podem muitas vezes ser distintos às posturas que as partes vestem diante uma da outra.

O mediador deve manter as partes atentas a fim de apresentarem um comportamento colaborativo, mesmo com o risco de que uma delas não aja honestamente. E a falta de honestidade pode ter formas que ameacem a mediação como a manipulação por táticas duras (a mentira, fingir falta de autoridade, pressionar alegando falta de tempo, utilizar ultimatos, ofertas extremas, fingir a exaltação, etc.) ou a exploração daquele que foi franco ao compartilhar informações.

A autora ainda ressalta que para uma mediação limpa, deve haver a divisão sincera de tais informações em prol de desenvolverem juntas uma boa solução para o problema, sem esquecer que a colaboração permanece mútua, pois a parte que confia a comunicação de uma maior quantidade de informação pode acabar ficando mais vulnerável que a outra, criando, assim, um novo entrave ao processo mediático.

Deste modo, o mediador deve estar vigilante para que só haja a divulgação de certas coisas quando há a efetiva reciprocidade. Não é necessário que se exponha todo tipo de informação, mas sim o que seja importante para o desenrolar da mediação efetiva.

¹⁶ MUNOZ, Helena Soletto. *Mediacion y resolucion de conflictos: tecnicas y ambitos*. Madrid: Tecnos, 2011.

Em regra, as partes deveriam pensar que o melhor seria conseguir um pouco menos do almejado no íntimo próprio do que perdera oportunidade de crescerem juntas. Para isso, o mediador pode fomentar maneiras que as permitem negociar ganhos mútuos em segurança deixando de lado as estratégias que causam antipatia no outro.

Desde o começo até o fim da mediação, o mediador deve procurar positivar e flexibilizar o ambiente, mantendo os partícipes protegidos com as suas intervenções. O objetivo desse facilitador é conseguir que as partes negociem entre si tendo por base os seus interesses e não posturas rígidas. Devem ser colaboradoras em um processo de ponderar as necessidades e pensamentos do outro.

Com tal colaboração, a qualidade do ganho que um consenso pode proporcionar é enorme, pois esse tão almejado consenso foi elaborado baseado no respeito e intercambio mútuos que levaram em conta as prioridades e os interesses de cada parte com maior probabilidade de perdurar.

O Judiciário, em contrapartida, se for escolhido como meio de solução da disputa, não possui condições suficientes de humanizá-la. E, com as suas decisões, muitas vezes, afasta mais ainda o relacionamento interpessoal das partes.

4 Conclusões

O presente artigo buscou tratar a dimensão do acesso à justiça como um conjunto de meios colocados à disposição da sociedade para a solução de litígios, que devem ser eleitos por critérios de adequação, reservando-se a jurisdição, em muitos casos, à condição de *ultimaratio* desse sistema.

A mediação corresponde a uma intervenção mais célere e menos onerosa. Mais célere, pois não apresenta os entraves do aparato estatal e menos onerosa por não necessitar da contratação de um advogado e por não necessitar de custas para impulsioná-la, pois o seu combustível é a vontade de interagir objetivando o bem comum: o diálogo facilitado e apaziguador em uma sociedade com os conflitos relacionais em ebulição.

Abordou-se no panorama da mediação a influência da teoria da ação comunicativa de Habermas para a coordenação social e, não menos importante, o papel que o mediador possui ao manter as partes atentas a fim de apresentarem um comportamento ativo e colaborativo com a qualidade do proveito que um consenso pode proporcionar.

Referências

CABRAL, Marcelo. **Os meios alternativos de resolução de conflitos: instrumentos de ampliação do acesso à justiça**. Disponível em: <[http://niajajuris.org.br/index.php/publicacoes/676-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-instrumentos-de-ampliacao-do-acesso-a-justica->](http://niajajuris.org.br/index.php/publicacoes/676-os-meios-alternativos-de-resolucao-de-conflitos-instrumentos-de-ampliacao-do-acesso-a-justica-). Acesso em 08 mar., 2016.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à justiça**. Trad. Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1988, reimpresso 2002.

DUPRAT, Deborah. **Direitos fundamentais e direitos patrimoniais.** Disponível em: <<http://pib.socioambiental.org/pt/c/direitos/o-papel-do-judiciario/direitos-fundamentais-e-direitos-patrimoniais>>. Acesso em 07 mar., 2016.

HABERMAS, Jürgen. **Between facts and norms: Contributions to a discourse theory of law and democracy.** Transl. William Rehg. Cambridge: MIT, [1992] 2001.

HALBRITTER, Luciana de Oliveira Leal. **O acesso à justiça e a celeridade na tutela jurisdicional.** Disponível em: <<http://www.escolalivrededireito.com.br/artigos/o-acesso-a-justica-e-a-celeridade-na-tutela-jurisdicional/>>. Acesso em 07 mar., 2016.

MUNOZ, Helena Soletto. **Mediacion y resolucion de conflictos: tecnicas y ambitos.** Madrid: Tecnos, 2011.

SANTOS, Cibele; REZENDE, Raquel. **A mediação como instrumento transformador da cidadania.** Publicado em: I Seminário UFF x UERJ x UNESA x UNISC. Rio de Janeiro: 2013. Disponível em: <http://www.academia.edu/5486009/Media%C3%A7%C3%A3o_extrajudicial_e_justi%C3%A7a_restaurativa_colet%C3%A2nea_organizada_a_partir_do_I_Semin%C3%A1rio_UFF_UERJ_UNESA_UNISC_sobre_media%C3%A7%C3%A3o>. Acesso em 07 mar., 2016.

TORRES, Ana Flavia Melo. **Acesso à Justiça.** Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=4592>. Acesso em 07 mar., 2016.

WATANABE, Kazuo. **Acesso à Justiça e sociedade Moderna.** In Participação e processo, São Paulo, Ed. RT, 1988.

A MEDIAÇÃO DE CONFLITOS COMO FERRAMENTA DO TRABALHO SOLIDÁRIO E AUTOGESTIONÁRIO

Vera Leticia de Oliveira Silva¹

RESUMO: Os grupos informais Coopermasol e Sabores passam por processo de incubação junto à Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária, desenvolvendo suas atividades de produção e comercialização de alimentos da culinária regional sob os princípios da Economia Popular e Solidária. No entanto, a tentativa de produzir sob a perspectiva dos ideais cooperativistas e autogestionários numa sociedade pouco solidária, revela-se um árduo caminho. É nesse contexto que se dá o surgimento de conflitos decorrentes da falta de preparo para lidar, sob a ótica da solidariedade, com a grande diversidade de interesses, perfis e aspirações e com o desafio de dividir com igualdade as decisões, o trabalho e seus rendimentos. Assim, a pacificação de conflitos mostrou-se como uma importante etapa para a consolidação dos trabalhos dos grupos. Apesar de a pesquisa encontrar-se em andamento, já foi possível constatar que o estudo da mediação, apresenta grande identidade com os ideais da Economia Popular e Solidária, cedendo horizontalidade à resolução dos conflitos, visto que os integrantes não se enfrentam para solucionar os conflitos, mas sim, se solidarizam, reconhecendo o problema e buscando uma solução criativa e satisfatória para todos envolvidos.

Palavras-chave: Mediação. Conflitos. Economia Popular e Solidária. Processo de Incubação. Acesso à Justiça.

ABSTRACT: The Informal groups Coopermasol and Sabores are going through an incubation process on Incubadora de Iniciativas de Economia Solidária, developing their activities of production and commercialization of regional culinary below the principles of Popular and Solidarity Economy . However, the attempt of produce on the perspective of cooperativist ideals and self-management on a little soldarity society turns out into an arduous path. It is in this context that emerges conflicts resulting from the lack of preparation to deal, from the view of solidarity, with the large diversity of interests, profiles and aspirations and with the challenge of sharing with equality the decisions, the work and their profits. Thus, the pacification of conflicts showed itself as an important stage to the consolidation of the work of the groups. Although the research is still in progress, it was already possible to verify that the study of mediation presents vast identity with the ideals of Popular and Solidarity Economy, giving horizontality to conflicts resolutions, since their members do not face themselves to solve the conflicts, but they solidarize themselves, recognizing the problem and seeking a creative and satisfactory solution to all involved.

Keywords: Mediation. Conflicts. Popular and Solidarity Economy. Incubation Process. Access to justice.

¹ Estudante de Direito da Universidade Estadual de Feira de Santana. Bolsista de Iniciação Científica pela FAPESB da Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária da UEFS. Integrante do Grupo de Estudos e Pesquisa sobre Economia Popular e Solidária e Desenvolvimento Local (GEPOSDEL). E-mail: veraleticiaoliveira@gmail.com.

1 Introdução²

No espaço aberto pelas contradições do capitalismo apresentam-se oportunidades de se estabelecerem, ou se fortalecerem, organizações econômicas que seguem uma lógica diferente da dominante. É nesse contexto que se apresenta a Economia Popular e Solidária, propondo uma nova perspectiva de organização do trabalho, ultrapassando os limites da dimensão econômica e perpassando pela dimensão social, política, cultural e espacial. Esta “outra economia” atua sob os princípios da autogestão, comércio justo, consumo consciente, cooperação, solidariedade e trabalho em rede (SINGER, 2013).

A Economia Popular e Solidária valoriza o trabalho coletivo, solidário, autogestionário e em rede. As trabalhadoras e trabalhadores, coletivamente organizadas(os) são as(os) protagonistas das relações de trabalho e desenvolvem suas potencialidades ao mesmo tempo que se empoderam, tornando possível a construção de caminhos diferentes daqueles oferecidos pela economia (e também pelo Direito) tradicional focadas no individualismo, na competitividade e no lucro a todo custo como fundamentos principais.

É nesta ótica que o grupo informal *Companheiras de Mãos Solidárias (Coopermasol)* desenvolve suas atividades de produção e comercialização de alimentos da culinária regional em uma das cantinas da Universidade Estadual de Feira de Santana (UEFS).

A Coopermasol é constituída por mulheres socialmente vulneráveis da área urbana de Feira de Santana-BA, que já haviam sido excluídas do sistema formal de trabalho (muitas delas sequer tiveram experiências de trabalho anterior a Coopermasol) por fatores como idade ou escolaridade (algumas são analfabetas) e desde 2008 passa por processo de incubação junto à Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária (IEPS-UEFS).

No início de 2015, o grupo *Sabores* iniciou suas atividades em outra cantina da universidade. Esse grupo é constituído por mulheres e homens, socialmente vulneráveis da zona urbana de Feira de Santana-BA, sendo algumas pessoas do mesmo núcleo familiar, e que já tiveram experiências de trabalho anteriores ao da *Cantina Solidária*³, o que influencia diretamente em sua forma de organização e divisão do trabalho e da renda.

Desde o início do processo de incubação do grupo Sabores foi possível verificar que sua chegada provocou inquietações em ambos os grupos. O que revela a contradição entre a lógica

² A toda equipe da Incubadora de Iniciativas de Economia Popular e Solidária da UEFS, em especial à professora Flávia Pita pela amizade.

³ Projeto de incubação desenvolvido pela IEPS-UEFS que tem como objetivo geral incubar um grupo popular solidário enquanto iniciativa da economia popular e solidária no espaço da Cantina do Módulo I, como locus pedagógico para a realização das atividades de organização, comercialização, formação e capacitação dos envolvidos no processo, possibilitando eventos que fortalecem a relação universidade comunidade, bem como a economia popular e solidária no município de Feira de Santana.

competitiva e predatória, típica do capitalismo, e os princípios do trabalho em rede cooperado e solidário próprio da Economia Popular e Solidária.

Foi possível perceber também, que os grupos se organizavam internamente de modos distintos, demonstrando mais ou menos traços da economia tradicional e do modo verticalizado de tomada de decisões.

A tentativa de produzir sob a perspectiva dos ideais cooperativistas, numa sociedade pouco solidária e que incentiva o individualismo e a competitividade, revela-se um caminho árduo. É nesse contexto que se dá o surgimento de conflitos decorrentes da falta de preparo para lidar, sob a ótica da solidariedade, com a grande diversidade de interesses, perfis e aspirações e com o desafio de dividir com igualdade o trabalho e seus rendimentos.

Entende-se que o conflito em sua essência não é destrutivo. O que irá defini-lo é a forma com a qual será tratado. Assim, o melhor caminho a ser trilhado não é eliminar o conflito, mas manejá-lo de tal forma que seus elementos produtivos prevaleçam, para, assim, extrair suas funções positivas, dentre as quais a prevenção da estagnação da relação, dando estímulo a novos interesses e à curiosidade.

A pesquisa que se relata surgiu nesse contexto, pois a pacificação de conflitos mostrava-se como uma importante etapa para a consolidação do trabalho autogestionário, solidário e cooperado que os grupos desenvolvem. Partiu-se, pois, da hipótese que as vias extrajudiciais, em especial a mediação, se demonstravam as mais adequadas. Do ponto de vista do método, a investigação atua sob a metodologia da pesquisa participante utilizando-se da revisão bibliográfica e documental e de métodos empíricos de obtenção das informações e de sua sistematização e discussão.

Salienta-se, por fim, que a pesquisa sofreu significativas mudanças no objeto de estudo e na metodologia em decorrência das dificuldades encontradas no processo de incubação do grupo Sabores, que mostrou forte resistência em abandonar o modo tradicional de organizar as relações de trabalho e divisão das sobras, resultando no término precoce do processo de incubação.

2 Metodologia

A investigação é desenvolvida na perspectiva da pesquisa participante, combinando traços de pesquisa e de extensão que se retroalimentam na produção do conhecimento. Essa opção metodológica condiz com a realidade das atividades desenvolvidas pela IEPS e também com o que propõe o presente trabalho. Aqui, pretende-se esquivar do conhecimento positivista e dogmático e valorizar o saber popular, construindo junto com os sujeitos um caminho para superar os conflitos e reestabelecer a relação solidária.

A pesquisa acontece simultânea à convivência, recebe e retorna, e pretende declaradamente transformá-la, porque entende que as relações econômicas, jurídicas, de trabalho, de gênero, educativas etc. potencialmente podem/devem corresponder a formas mais atentas ao bem viver.

Nesta forma de pesquisa a relação se dá sujeito-sujeito e não sujeito-objeto. Carlos Alberto Brandão (2007. p. 57), tratando sobre a pesquisa participante e o constante mutualismo entre o saber acadêmico e o saber popular, diz que:

As abordagens de pesquisa de vocação participativa aspiram participar de processos mais amplos e contínuos de construção progressiva de um saber mais partilhado, mais abrangente e mais sensível às origens populares do conhecimento popular.

Todo o conhecimento competente não vocacionado ao diálogo entre saberes e entre diferentes criadores de saberes – inclusive os situados fora do campo das ciências acadêmicas e dos saberes auto-proclamados como cultos e/ou eruditos – não tem mais valor do que o de sua própria solidão.

Aqui o pesquisador possui uma função ativa, propondo-se a participar e integrar a dinâmica do grupo estudado (sem substituir o papel dos sujeitos):

Em geral, a ideia de pesquisa-ação encontra um contexto favorável quando os pesquisadores não querem limitar suas investigações aos aspectos acadêmicos e burocráticos da maioria das pesquisas convencionais. Querem pesquisas nas quais as pessoas implicadas tenham algo a 'dizer' e a 'fazer'. Não se trata de simples levantamento de dados ou de relatórios a serem arquivados. Com a pesquisa-ação os pesquisadores pretendem desempenhar um papel ativo na própria realidade dos fatos observados. (THIOLLENT, 2011, p.21)

Nesse viés metodológico, a pesquisa utilizou das seguintes etapas:

a) pesquisa bibliográfica acerca da economia popular e solidária, dos princípios da autogestão, do cooperativismo, da solidariedade, do trabalho em rede e dos meios alternativos de pacificação de conflitos. Este momento foi fundamental para construção teórica da pesquisa e para a identificação da mediação como meio mais adequado para pacificação dos conflitos;

b) realização de entrevistas com os membros ativos e com os que já deixaram o grupo, possibilitando o conhecimento dos sujeitos e de seus desejos e dificuldades enfrentadas;

c) visitas e reuniões regulares com os grupos, viabilizando uma melhor percepção dos conflitos existentes e de suas possíveis causas. Nesta etapa foi realizada com os grupos uma "jornada" de acompanhamento, com presença nos três turnos de funcionamento da cantina. Aqui foi possível verificar que os conflitos da Coopermasol giravam em torno, principalmente, da divisão do trabalho e das sobras, demonstrando uma contradição entre a lógica competitiva e individualista típica do capitalismo, com os princípios de solidariedade, autogestão e cooperação da economia popular e solidária. Já com o grupo Sabores foi possível perceber as dificuldades de realizar o trabalho de modo autogestionário, pois as atividades do grupo eram acompanhadas (senão supervisionadas) por uma das integrantes, que era percebida como a líder do grupo;

Ainda nesta etapa foram realizadas rodas de conversa e oficinas de formação com o grupo Sabores, discutindo os princípios da Economia Popular e Solidária problematizando especialmente a autogestão.

d) sistematização das informações colhidas, com a elaboração de relatórios reproduzindo falas das cooperadas que indicam suas insatisfações e a percepção dos observadores;

e) realização de rodas de conversa estimulando a fala de todas as trabalhadoras e trabalhadores e buscando a pacificação dos conflitos enfrentados pelos grupos. As cooperadas do grupo Coopermasol, por exemplo, expuseram suas insatisfações e propuseram possíveis caminhos para pacificar os conflitos, como a retomada das reuniões ordinárias e redistribuição das tarefas;

f) avaliação dos resultados a fim de verificar se as propostas de ações levantadas nas rodas de conversa estavam realmente sendo realizadas e se estavam provocando as mudanças esperadas.

É importante destacar que, por se tratar de relações humanas cujas demandas não obedecem uma lógica engessada, por vezes foi necessário saltar etapas ou mesmo retornar a etapas anteriores.

Por outro lado, não se propôs a realizar uma sessão de mediação em um momento específico. A ideia sustentada é de utilização de técnicas de mediação durante as rodas de conversa, tendo uma(um), ou algumas(ns) facilitadoras(es) que, utilizando de materiais lúdicos, como música, vídeos e fotografias, estimulem o diálogo e a prática de autogestão, para que os sujeitos, por eles próprios, apresentem caminhos para pacificar o conflito.

Por fim, é preciso esclarecer que em decorrência do não cumprimento do “Termo de Compromisso” pelo grupo Sabores, a equipe da Incubadora decidiu de modo unânime pelo término precoce do processo de incubação, o que trouxe algumas mudanças no plano metodológico. Isto porque, pretendia-se, conhecer melhor os integrantes do grupo e identificar as reais causas dos conflitos, para, a partir daí, construir junto com estes sujeitos os caminhos para pacificação dos conflitos. Outra proposta que não pode ser realizada foi da construção de caminhos para estimular o diálogo entre os grupos, contribuindo para a concretização do trabalho em rede.

Como já dito, outras demandas se fizeram mais urgentes no processo de incubação do grupo Sabores, especialmente a formação (reunião, rodas de conversa e oficina) sobre os princípios da Economia Popular e Solidária e, com o término antecipado do processo de incubação, a metodologia proposta para discussão dos conflitos ficou prejudicada e não pode ser desenvolvida na forma como havia sido prevista e nem foi cumprido com o grupo Sabores todas as etapas propostas.

3 Os grupos e a relação conflituosa

A autogestão, solidariedade e cooperação entre os sujeitos constituem alguns dos princípios que movem a Economia Popular e Solidária. Aqui, as relações são horizontais e democráticas e todos

participam das discussões e decisões, permitindo que se sintam parte do grupo. A tomada de decisões, o trabalho e as sobras são divididas de maneira igualitária.

A prática da autogestão permite que todos tenham conhecimento dos acontecimentos do grupo e que possam propor caminhos e indicar soluções. Esta prática é também educativa e promove o empoderamento dos sujeitos tornando-os mais confiantes e solidários (SINGER, 2013).

Entretanto, quando um grupo se propõe a agir no caminho contrário ao sistema capitalista hierarquizado, individualista e competitivo, surgem obstáculos decorrentes da falta de hábito de lidar com os perfis e aspirações sob a ótica da autogestão, solidariedade e cooperação. É nesse contexto que surgem os conflitos e, conseqüentemente, a necessidade de pacificá-los respeitando a subjetividade e autonomia dos sujeitos.

Os diversos arranjos sociais e sua complexidade, atrelados à diversidade de valores e à possibilidade de exercer a liberdade em diferentes graus, multiplica as formas e maneiras de relações que poderão assumir uma tensão conflituosa (REBOUÇAS, 2012).

O conflito em sua essência não é destrutivo. O que irá defini-lo é a forma com a qual será abordada a questão conflituosa e os caminhos que serão criados. Sendo assim, o que se pretende não é eliminar o conflito, mas manejá-lo de tal modo que seus elementos positivos e produtivos prevaleçam, para, assim, extrair suas funções positivas, como a de prevenir a estagnação de uma relação, dando estímulo a novos interesses e à curiosidade.

Débora Nunes e Ivan Maltcheff, afirmam que “a discordância oferece ao coletivo a possibilidade de progredir e de não se trancar dentro de ‘uma verdade’.” (2014, p. 51). A dinâmica do grupo é modificada quando o conflito é instaurado e possibilita o estímulo da criatividade dos sujeitos ao proporem caminhos possíveis para superarem o problema.

Na Coopermasol o que se verifica é a polarização do grupo maior em dois subgrupos: i) um deles domina as falas e a tomada de decisões; e ii) enquanto o outro tende a se manter em silêncio diante das questões e acata as decisões tomadas pelo outro grupo, apesar de muitas vezes não concordar com elas.

Nunes e Maltcheff (2014), ao tratarem da dificuldade de escutar, de se exprimir e de dominar sua fala, aduzem que o silêncio de alguns pode ser o reflexo de uma falta de confiança em si ou um sentimento de que não se tem nada interessante a dizer, e para outros é sinal de um desacordo ou de um descontentamento e, até mesmo de uma raiva que não pode se exprimir, ao passo que a fala exagerada pode ilustrar que a pessoa acredita saber muito sobre a questão e que todos irão se beneficiar com sua fala, ou a necessidade de exprimir suas emoções e sentimentos e, talvez, um desejo de ter um papel de destaque no grupo.

É nesse sentido que se faz necessário o uso de instrumentos provocadores de diálogo, de forma a fomentar a fala e a escuta de todas de forma equilibrada, além de proporcionar uma mudança de perspectiva e de atitude baseada na solidariedade e cooperação, onde os sujeitos sejam emancipados e possuam autonomia para solucionarem os conflitos em um acordo onde todas possam reconhecer algo de positivo.

O grupo Sabores, por sua vez, iniciou o processo de incubação em janeiro de 2015, e passou por questões diferentes da enfrentada pelo grupo Coopermasol. Os componentes do grupo mostravam fortes traços da economia tradicional verticalizada, tendo em uma das integrantes do grupo representada a figura da líder. Essa trabalhadora era a detentora dos meios de produção (fogão, geladeira, freezer, etc.) e anteriormente já havia mantido relação de emprego com quase todos os membros do grupo. Essa relação anterior de subordinação trazia reflexos expressivos às atividades desempenhadas pelo grupo.

Em razão disso, o grupo encontrou mais dificuldades de desenvolver suas atividades sob a ótica da solidariedade e da autogestão. Em visitas periódicas ao grupo, reuniões coletivas, oficinas de formação e entrevistas realizadas individualmente com cada integrante, foi possível perceber forte resistência à nova forma de produzir e organizar o trabalho. Foi possível, ainda, identificar nas falas das trabalhadoras e trabalhadores o discurso sobre a importância da figura do líder no grupo, como quando uma das trabalhadoras afirma que “a ‘líder’, divide as tarefas entre a gente, e nós executamos”, ou outro integrante diz que “só sigo as decisões da dona da cantina”.

Observou-se que o grupo ainda se organizava de modo hierárquico, valorizando e subordinando-se a figura da líder, adotando postura contrária ao que se propõe na Economia Popular e Solidária. Essa percepção foi possível também quando questionados se o trabalho que estava sendo desenvolvido na *Cantina Solidária* era diferente das outras experiências de trabalho anteriores e a resposta da maioria do grupo foi negativa, “o funcionamento é semelhante a outros restaurantes”, disse uma das trabalhadoras, o que demonstra que o grupo ainda mantinha as relações hierárquicas.

A resistência do grupo em se organizar de modo autogestionário e solidário trouxe reflexos diretos sobre a forma de lidar com os conflitos. Foi possível verificar que, quando umas das integrantes subverteu a ordem hierárquica que ali se estabelecia, e passou a questioná-la, foi excluída do grupo. O que mostra certa semelhança com o modo de funcionamento de uma empresa capitalista, que não admite que a ordem hierárquica seja desobedecida.

Percebidas estas dificuldades, foi elaborada coletivamente (entre todas e todos docentes, discentes e colaboradores da IEPS) uma agenda de atuação e formação junto ao grupo, a fim de trazer de maneira leve e acessível, os princípios da Economia Popular e Solidária bem como [re]apresentar a proposta de incubação e os compromissos firmados pelo grupo no processo de seleção.

Deste modo, foram realizadas oficinas de formação e rodas de conversa com o grupo, realizando um trabalho de desconstrução da forma de organização tradicional (ao contrário do que aconteceu com o grupo Coopermasol, que passou por processo de construção dos significados e formas de trabalho proposto pela Economia Solidária).

Entretanto, nos momentos de formação coletiva, inerentes e fundamentais ao processo de incubação, o grupo demonstrava certo desapego/desinteresse às propostas levantadas pela IEPS/UEFS, alegando diversas vezes que “nada daquilo era novidade”, de modo a transparecer a ideia de que o grupo trabalhava de modo cooperado, fato diverso do que se verificava nas observações.

Sobre esta questão Paul Singer (2013) diz que grande parte das trabalhadoras e trabalhadores aderem à Economia Popular e Solidária com a finalidade de conseguir melhores condições de vida e sair da condição de pobreza, sem analisar as potencialidades políticas e sociais desta outra economia. Disto parece ser reflexo o fato de as questões políticas e pedagógicas do processo de incubação serem menosprezadas pelo grupo.

Em decorrência dessa incisiva resistência em trabalhar de modo solidário e autogestionário, de participar das atividades de formação, da entrada e saída de novos membros sem qualquer comunicação à Incubadora, prejudicando o processo de formação político-pedagógico e inviabilizando a incubação do grupo, com o descumprimento ao Termo de compromisso, discutido e assinado no início do processo de incubação, foi coletivamente decidido que o processo de incubação deveria ser interrompido quando completou um ano de duração, sem a possível renovação por mais um ano.

Diante desta situação, foi possível constatar que as diferentes formas de organizar as relações de trabalho refletiam na forma de lidar com os conflitos, tanto internos quanto entre os grupos. O grupo Coopermasol demonstrou mais interesse e facilidade em pacificar os conflitos a partir da mediação, ao passo que o grupo Sabores tratava o conflito como um problema que deveria ser silenciado e eliminado.

Assim, percebeu-se que o surgimento de conflitos dentro do grupo só é possível quando os sujeitos se sentem seguros para enfrentarem a ordem e as decisões tomadas. É preciso que os sujeitos se sintam parte integrante e importante do grupo para questionar as decisões e expor seu posicionamento, mesmo que seja diferente dos demais. A pesquisa mostrou que uma relação horizontal é mais suscetível de surgirem conflitos (o que é um aspecto positivo), pois as(os) trabalhadoras(es) sentem-se como parte do grupo e mais à vontade para exporem seu posicionamento e discutir e questionar as decisões, a partir da prática da autogestão, ao passo que na relação hierarquizada o conflito é silenciado pois todos devem acatar as decisões do chefe/líder, não se admitindo questionamento e posicionamento contrário.

No grupo Coopermasol os conflitos são mais visíveis e as trabalhadoras expressam com mais facilidade (apesar das dificuldades descritas acima) seu posicionamento, pois entendem que as decisões

devem ser coletivas e atender aos interesses do coletivo, ao passo que no grupo Sabores os conflitos eram silenciados, passando a impressão de que a relação estava sempre bem. Acredita-se que essa postura se deva a falta de autonomia dos sujeitos para expressarem suas opiniões, discordarem das decisões tomadas e sentir-se responsável pelo grupo.

Por outro lado, além dos conflitos internos dos grupos, percebeu-se também o surgimento de certa rivalidade/competição entre os grupos. Desde a chegada do grupo Sabores foram relatadas e observadas diversas situações que demonstravam esta desarmonia. Foi relatado, por exemplo, que integrantes do grupo Sabores estavam indo até a cantina do grupo Coopermasol para observarem o movimento de clientes, o atendimento, preços etc., demonstrando o sentimento de competitividade entre os grupos. Outra oportunidade em que a relação conflituosa ficou ainda mais evidente se deu em uma Feira, ocorrida no espaço da Universidade, em que ambos os grupos dividiriam a mesma barraca para expor e comercializar seus produtos. Os grupos, entretanto, não conseguiram dialogar e chegar ao consenso sobre como se daria a divisão do espaço, que ficou sendo utilizado apenas pelo grupo Coopermasol. Estas situações retomavam à necessidade de problematizar os conflitos e criar meios de pacificá-los.

Para a Coopermasol, a mediação mostrou ser o melhor caminho para pacificar dos conflitos, pois não é subtraído o protagonismo dos sujeitos em conflitos, mas ao contrário, é criado estímulo para que reconheçam o problema, conversem, exponham suas opiniões e construam um caminho para pacificar o conflito, além de possuir grande identidade com a Economia Popular e Solidária.

Segundo Bastos (2014), a comunicação é o aspecto principal do conflito e é por meio dela que todos os conflitos se intensificam ou convergem para a pacificação. Portanto, pacificar um conflito significa que os sujeitos envolvidos se tornaram capazes de buscar atender não só as suas necessidades individuais, mas também as do outro, estabelecendo uma comunicação honesta, compartilhada e compreensiva.

Daí que é possível compreender que a utilização dos meios consensuais de pacificação de conflitos, em especial da mediação, se apresenta como um caminho promissor ao acesso à justiça, em que, diferentemente da via judicial, as partes vão utilizar sua própria linguagem, conhecer as motivações e interesses umas das outras e terão suas relações conservadas (se não melhoradas) após o conflito.

4 A pacificação como um passo fundamental do trabalho solidário e autogestionário

Diante da análise dos conflitos, das relações interpessoais e entre os grupos, é que a mediação se apresentou como o melhor caminho para pacificar os conflitos. Nela um mediador/facilitador, sem poder de decisão, auxilia os sujeitos a reestabelecerem o diálogo e faz-se um pacto por meio de

concessões mútuas visando à preservação do relacionamento horizontal e solidário, cuja ruptura se deu em decorrência do conflito. De acordo com Juan Carlos Vezzulla (1998, p. 16):

A mediação é uma técnica de resolução de conflitos não adversarial, que, sem imposições de sentenças ou de laudos e com um profissional devidamente formado, auxilia as partes a acharem seus verdadeiros interesses e a preservá-los num acordo criativo em que as duas partes ganhem.

A mediação aproxima-se do princípio da autogestão, da solidariedade e da cooperação enquanto mecanismo consensual, autônomo e horizontal de pacificação de conflitos. Assim é necessário o protagonismo dos sujeitos em conflito para o reestabelecimento da relação harmoniosa.

Dessa forma, busca-se a utilização da mediação enquanto prática capaz de restaurar uma convivência pacífica, horizontal e solidária entre os integrantes do grupo em processo de incubação, possibilitando o reaprendizado dos ideais de solidariedade e cooperação – essenciais para o estabelecimento de uma sociedade mais justa e igualitária.

A pacificação de conflitos não é encarada como atribuição de razão a um dos polos da relação, mas sim como ponte para o fortalecimento do sentimento de coletividade entre os membros do grupo, empoderando-os e capacitando-os para o reconhecimento da importância de estabelecer uma relação solidária e horizontal, que garanta a dignidade e respeite as diversidades dos cooperados.

Os resultados até então alcançados (a pesquisa encontra-se em andamento) demonstram que é papel da pessoa que se propõe a mediar reestabelecer da melhor forma possível a comunicação entre os sujeitos em conflito, utilizando-se de métodos criativos e fomentadores do diálogo e tendo a sensibilidade de deixar que resgatem, por si próprios, a subjetividade que há no outro

Observou-se no grupo Coopermasol, por exemplo, o reestabelecimento do diálogo e criação de caminhos para superar os conflitos, como a redistribuição de tarefas e a retomadas das reuniões ordinárias. Demonstrando ser possível que uma decisão coletiva traga benefícios para todo o grupo, bem como a vontade de trabalhar coletivamente.

Quanto ao grupo Sabores, a pesquisa que estava em sua fase inicial foi interrompida, mas foi possível verificar que o estímulo à mediação era também um estímulo ao exercício da autogestão e da solidariedade, com o potencial de fazer ver aos componentes do grupo o seu possível espaço de autonomia (desvelando, por vezes, o conflito abafado pela subordinação hierárquica), e de evitar que os conflitos fossem encarados sob a ótica do individualismo e acabassem por provocar o rompimento das relações, ou que fossem silenciados por uma decisão individual.

5 Considerações finais

Ultrapassar o que constitui um obstáculo ao desenvolvimento dos grupos ensejou o estudo de mecanismos autônomos de pacificação de conflitos, e considerando a importância que os princípios da autogestão, da solidariedade e da cooperação assumem no contexto da Economia Popular e Solidária, foi possível identificar a mediação como melhor caminho para tal.

Ao longo da pesquisa foi possível constatar no grupo Coopermasol que as cooperadas reconhecem a existência dos conflitos e como eles prejudicam o bom desenvolvimento do grupo, além de romperem com a solidariedade existente entre elas. Com esta percepção e após as rodas de conversas realizadas com o objetivo de discutir as questões conflituosas, as cooperadas passaram a adotar medidas para superarem estes conflitos e reestabelecerem por elas próprias o diálogo.

Foram retomadas as reuniões ordinárias entre as integrantes do grupo, as tarefas foram redivididas, trocando-se, por exemplo, o grupo que realizava as compras das mercadorias, o que revela a vontade de se unir para resolver problemas comuns e que estão dificultando o trabalho.

Com o grupo Sabores, por outro lado, a pesquisa foi interrompida em sua fase inicial por conta do descumprimento do grupo ao Termo de Compromisso, que ensejou o término precoce do processo de incubação. Entretanto foi possível constatar a necessidade de discutir a percepção do grupo sobre os conflitos, bem como a forma de encara-los e pacificá-los, de modo a evitar o rompimento das relações, os silenciamento das vozes divergentes e a tomada individual de decisões.

Apesar de a pesquisa encontrar-se em andamento e ter sofrido algumas mudanças, foi possível constatar que o estudo da mediação, aliado à utilização da metodologia da pesquisa participante, apresenta grande identidade com os ideais da Economia Popular e Solidária, cedendo horizontalidade à resolução dos conflitos, visto que os integrantes não se enfrentam para solucionar os litígios, mas, sim, se solidarizam, ouvindo uns aos outros, reconhecendo o problema e buscando uma solução criativa e satisfatória para todas as partes envolvidas.

Por fim, a pesquisa traz também a questão de ser possível numa sociedade individualista reaprender a ser solidário e a cooperar e construir um caminho para um mundo mais igual, mais justo e que anseia o Bem Viver (QUIJANO, 2011).

Referências

BASTOS, Simone de A. R. **A Análise do Conflito**. Apostila do Curso de Resolução de Conflitos para Representantes de Empresas. ENAM, 2014.

BEZERRA, Tássio. A mediação enquanto instrumento de emancipação da cidadania e de democratização da justiça e do direito. **Revista Direito e Sensibilidade**, n. 1, v. 1, Brasília, 2011. Disponível em: <<http://www.red.unb.br/index.php>>. Acesso em: 02 fev .2015.

- BRANDÃO, Carlos Rodrigues; BORGES, Maristela Correia. A pesquisa participante: um momento da educação popular. **Revista Edição Popular**, Uberlândia, v. 6, p.51-62. jan./dez. 2007.
- CAPPELLETTI, Mauro; GARTH, Bryant. *Acesso à Justiça*. Tradução Ellen Gracie. Northfleet. Porto Alegre: Fabris, 1988.
- Incubadora de Iniciativas da Economia Popular e Solidária da Universidade Estadual de Feira de Santana – IEPS/UEFS. **Projeto Cantina Solidária**. Feira de Santana, BA, 2014.
- NUNES, Debora, MALTSCHEFF, Ivan. **Os novos coletivos cidadãos**. Simões Filho: Editora Kalango, 2014.
- QUIJANO, Aníbal. "Bien vivir": entre el "desarrollo" y la des/colonialidad del poder. **Ecuador Debate**. Acerca del Buen Vivir, Quito, Centro Andino de Acción Popular CAAP, n. 84, pp. 77-87, dez. 2011.
- REBOUÇAS, Gabriela Maia. **Tramas entre Subjetividades e Direito: A Constituição do Sujeito em Michel Foucault e os Sistemas de Resolução de Conflitos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010;
- SINGER, Paul. **Introdução à Economia Solidária**. 1. ed. São Paulo: Fundação Perseu Abramo, 2013.;
- THIOLLENT, Michel. **Metodologia da Pesquisa-ação**. 18ª ed. São Paulo: Cortez, 2011.
- VEZZULA, Juan Carlos. **Teoria e Prática da Mediação**. Curitiba: IMAB, 1998.



O ATIVISMO SOCIAL PELA CONQUISTA DE DIREITOS PARA AS TRABALHADORAS DOMÉSTICAS

Camila Freire Monteiro de Araújo¹

Marcela Martins Borba²

RESUMO: O presente artigo visa a tratar da evolução da legislação trabalhista em termos de reconhecimento de direitos à categoria das empregadas domésticas. Estas foram historicamente alijada das conquistas de garantias por parte dos demais trabalhadores celetistas, a partir de um tratamento anti-isonômico adotado como política legislativa tanto constitucional quanto infraconstitucional (sobretudo pela CLT); ou seja, legitimado pelo próprio Estado através do Direito. O emprego doméstico ficou, por décadas, à margem dos direitos trabalhistas concedidos a todas as outras categorias, o que revela a forte herança escravista que ainda permeia nossa concepção e valorização do trabalho. Embora tenha havido significativo avanço - em termos de política legislativa - trazido pela Emenda Constitucional 72/13, não se deve olvidar que as raízes e efeitos da exploração sofrida por essa categoria profissional permanecem vivos. Necessário é, pois, o estudo do fenômeno social, e dos sujeitos políticos nele envolvidos - cuja dinâmica possibilitou a concretização dessa conquista de direitos por parte da categoria das empregadas domésticas -, na perspectiva da comunicação entre Estado, sociedade civil e movimentos sociais.

Palavras-chave: Trabalhadoras domésticas. Direitos Trabalhistas. Escravidão. Igualdade Jurídica. PEC 72/13.

ABSTRACT: This paper aims to examine the development of Brazil's labor legislation regarding the recognition of rights to domestic workers. The latter were historically isolated from the guarantees conceded to the rest of the workers due to an unequal treatment undertaken by the Country as its legislative politics; in other words, legitimized by the State through Law. Domestic work was, for decades, on the fringe of the labor rights that had been conceded to the other workers a long time before, which reveals a strong heritage from the slavery mindset that still pervades our conception and valorization of work. Even though there has been significant progress - in terms of legislative politics - brought by the amendment, one cannot forget that the roots and effects of the exploitation endured by these professionals still exist. Therefore, it is necessary to study the social phenomenon and the political subjects that were and are involved in it - whose dynamic made possible to materialize this conquer of rights by domestic workers - from the perspective of the communication between the State, society and social movements.

Keywords: Domestic workers. Labor Rights. Slavery. Grassroots Movements. 72nd Amendment.

¹ Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista do Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq).

² Graduanda em Direito pela Universidade Federal de Pernambuco. Bolsista da Fundação de Amparo à Ciência e Tecnologia de Pernambuco (FACEPE).

1 Introdução

A libertação dos escravos só foi possível devido a mudanças macroestruturais, ao declínio dos monopolistas e ao desenvolvimento de um novo sistema econômico, qual seja, o capitalista. Segundo análise de Xavier Plassat (2008, p. 73):

(...) o Brasil podia sem perigo libertar os escravos, na certeza de que a exploração de seu trabalho poderia permanecer, de qualquer maneira, por mais alguns séculos, a serviço da minoria que por quinhentos anos se apoderou das terras, das matas e das águas do País. *Tendo fechado o acesso à terra para quem não tivesse meios de adquiri-la, tornava-se supérfluo manter a senzala.*

Degradar uma pessoa pelo trabalho que ela desempenha é meio caminho andado para a sua escravização. Inobstante o modo de produção capitalista possua diferenças significativas em relação ao escravista, “o sistema capitalista não faz questão de princípios na destruição de velhos sistemas, relações, costumes, ou em seu reforço e utilização quando por alguma razão (...) lhe é conveniente mantê-los” (CARRASCO, 2012, p. 31). Ainda que não tenha inventado a opressão de gênero e raça, o capitalismo herdou-as de outros sistemas – e provavelmente aprofundou-as significativamente à medida em que mostraram-se úteis à perpetuação das desigualdades a ele inerentes.

A ascensão do sistema capitalista e a transição para o trabalho dito livre e assalariado não significou imunidade aos resquícios do regime escravocrata. Foi sob essa perspectiva que o trabalho doméstico se desenvolveu no Brasil (COLNAGO, 2013).

O marco inicial do trabalho doméstico no Brasil corresponde ao marco inicial do trabalho escravo – à chegada dos portugueses, as índias, e, depois, as primeiras escravas africanas sequestradas para trabalhar nos grandes casarões dos senhores de engenho, assim como nas lavouras. Àquela época, a propriedade privada já incidia sobre a força de trabalho daqueles homens e mulheres e não apenas sobre isso, mas, também, sobre seus corpos, uma vez que eram, eles mesmos, propriedades. Ao passo em que eram considerados sub humanos, tinham sua força de trabalho absolutamente desvalorizada assim como os produtos decorrentes deste trabalho.

Se as negras escravas eram vistas como menos humanas e, por isso mesmo, realizavam o trabalho que ninguém mais se prestava a fazer, esse tipo de trabalho passou a ser associado a todo tipo de preconceito de raça e gênero vigentes no contexto sociopolítico do regime escravocrata. Desta forma é que se perpetuou no imaginário social a ideologia racista e sexista segundo a qual o trabalho doméstico deveria ser destinado àquelas pessoas que supostamente teriam menor relevância e valor na sociedade.

A permanência dos preconceitos de classe, sexo e gênero podem ser explicados a partir da análise dos estigmas que cercam o então trabalho escravo e o atual trabalho doméstico; tais preconceitos refletem-se na constatação acerca de quem são as pessoas que, desde os tempos de

outrora, realizam tais atividades, quais sejam, mulheres negras periféricas, que vivem entre as piores condições sociais e ocupam os estratos sociais mais baixos (RIBEIRO, 1995).

Em 2011, dos 7,2 milhões de trabalhadoras/es domésticas/os no Brasil, 93,6% eram mulheres. Entre elas, 61% eram negras e apenas 28% delas tinham a carteira de trabalho assinada. Entre 2004 e 2011, a proporção de mulheres negras ocupadas nos serviços domésticos no país cresceu de 56,9% para 61,0%, ao passo que entre as mulheres não negras observou-se uma redução de 4,1% pontos percentuais, com a participação correspondendo a 39,0%, em 2011. Em todas as regiões do país, a tendência de elevação do percentual de trabalhadoras domésticas negras esteve presente, exceto para a região Norte, onde passou de 79,6%, em 2004, para 79,3%, em 2011 (DIEESE, 2013).

2 O perfil da empregada doméstica no Brasil

Em definição datada de 2008, o Ministério do Trabalho e Emprego definiu o empregado doméstico como:

aquele(a) maior de 18 anos que presta serviços de natureza contínua (frequente, constante) e de finalidade não-lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas. Assim, o traço diferenciador do emprego doméstico é o caráter não-econômico da atividade exercida no âmbito residencial do(a) empregador(a). Nesses termos, integram a categoria os(as) seguintes trabalhadores(as): cozinheiro(a), governanta, babá, lavadeira, faxineiro(a), vigia, motorista particular, jardineiro(a), acompanhante de idosos(as), entre outras. O(a) caseiro(a) também é considerado(a) empregado(a) doméstico(a), quando o sítio ou local onde exerce a sua atividade não possui finalidade lucrativa.”

O conceito de trabalho doméstico ainda é controverso no Brasil. Exemplo disso é a questão da categorização das diaristas como empregadas domésticas ou não, devido ao fato de não haver consenso quanto à natureza do trabalho desenvolvido por aquelas. Teria ele natureza contínua, como prevê a lei complementar nº 150/2015 a fim de qualificar os trabalhadores domésticos, ou não - o que supostamente as descaracterizaria como trabalhadoras domésticas? Qual seria o exato sentido dessa “continuidade”?

Apesar de a lei complementar nº 150/2015, que versa sobre o contrato de trabalho doméstico, se referir ao trabalhador doméstico no masculino (tal qual fizera a lei 5.859/1972), não há como falar dessa ocupação sem confrontar a realidade de ser ela exercida majoritariamente por mulheres. Em tempo, havemos de notar que o trabalho doméstico no Brasil não só tem gênero, como tem cor, nível de escolaridade e classe bem delimitados.

Segundo dados fornecidos pelo DIEESE, a estimativa era de que, em 2011, havia cerca de 6,6 milhões de pessoas ocupadas nos serviços domésticos no país. Desse total, a quantidade de mulheres correspondia a aproximadamente 6,1 milhões de trabalhadoras domésticas, ou seja, a 92,6%. A mesma pesquisa apontou, ainda, que essa ocupação foi a que apresentou o menor rendimento médio mensal

quando comparada às demais espécies de atividade econômica, além do fato de que os homens alocados no serviço doméstico, como motoristas, cozinheiros, caseiros, jardineiros, costumam ganhar mais do que as mulheres tidas como empregadas domésticas, uma vez que as atividades exercidas por eles são mais respeitadas e melhor valorizadas.

A marcante presença de mulheres negras nessa ocupação, resquícios de um país que pena para se desvencilhar de um longo passado escravocrata, não pode ser ignorada. Em 2011, segundo dados fornecidos pela DIEESE, elas correspondiam a cerca de 61% das mulheres ocupadas no serviço doméstico.

Quanto à escolaridade, ainda analisando os dados de 2011, 48,9% possuíam o ensino fundamental incompleto ou haviam sido alfabetizadas sem escolarização, e cerca de 23,1% possuíam ensino fundamental completo ou médio incompleto. Não se pode deixar de notar os impactos da baixa escolarização dessas mulheres para a desvalorização da categoria, uma vez que ela reflete na crença de que não é preciso muita instrução para exercer essa ocupação.

Dada a pouca escolaridade dos que exercem esse tipo de serviço, existe uma ideia de que “qualquer um” é apto a realizar os trabalhos domésticos. Estes seriam trabalhos que, teoricamente, demandariam pouco ou quase nada do intelecto, sendo, por isso também, menos valorizados – o que tem impactos diretos sobre a dificuldade de obtenção de melhorias para a categoria. Não nos esqueçamos da crença de que as mulheres teriam uma inclinação natural a executar esses trabalhos, o que reforça o estigmatizante “papel da mulher” socialmente aceito e reproduzido.

A herança maldita da escravidão, contudo, não se esgota na constatação de as empregadas domésticas serem negras em sua maioria. Para além disso, as relações escravagistas se revelam de maneira muito forte no vínculo entre patrões e empregadas. É possível vislumbrá-las na insalubridade que normalmente caracteriza esse serviço, no preconceito, no desrespeito aos direitos humanos e do trabalhador, infelizmente ainda muito comuns, e, no caso específico das mulheres, na sua exposição a diversas formas de agressão e violações; dentre elas, não raro, os abusos e violências sexuais. Contudo, desafortunadamente, o trabalho doméstico ainda é uma das únicas possibilidades de inserção no mercado de trabalho por mulheres negras, pobres e de baixa escolaridade.

3 A origem do trabalho doméstico e as teorias da descolonização

Durante o regime escravocrata, o trabalho nas residências era predominantemente realizado por mulheres negras escravizadas. Quando, em 13 de maio de 1888, sobreveio a Lei Áurea, apenas deixou-se de chamá-las escravas para chamá-las domésticas (CALVER, p. 87), muito embora a relação de absoluta anulação e subordinação subsistisse intacta. A doméstica continuava disponível para quaisquer

serviços que o/a patrão/patroa ordenasse, independentemente de qualquer limite de jornada, que até então era inexistente, mesmo do ponto de vista legal.

Sem sombra de dúvidas, a lenta evolução legislativa referente aos direitos das trabalhadoras domésticas – inclusive quando comparada ao reconhecimento de direitos a outras categorias de trabalhadores – tem como um de seus fatores a origem escravocrata e preconceituosa do labor doméstico. Inobstante, ao invés de ser interpretado como um problema social estrutural da sociedade brasileira, que merece ser energeticamente combatido, o racismo vigente é maquiado pelo mito da democracia racial fomentado, no Brasil, por Gilberto Freyre. Este mito afirma a mestiçagem enquanto cultuada no Brasil, e não punida – o que é ilusório, e não corresponde à realidade dos fatos. Embora não conduza ao *apartheid*, o preconceito racial no Brasil dilui a negritude numa vasta escala de gradações, o que quebra a união identitária do povo negro, sua solidariedade, sua combatividade e, ainda, insinua que a ordem social é uma ordem natural (RIBEIRO, 1995).

Segundo o sociólogo peruano Aníbal Quijano (2005), a sobrevivência de legados coloniais em tempos modernos é articulada pelo conceito de colonialidade do poder, concebida como o padrão do poder que se constituiu com o capitalismo moderno/colonial eurocentrado, fundamentado na ideia de raça, que passou a classificar a população mundial, produzindo identidades raciais historicamente novas, associadas a hierarquias, lugares e papéis sociais correspondentes aos padrões de dominação instituídos (Quijano, 2005).

Como eixos fundamentais do novo padrão de poder empreendido na América colonial convergiram dois processos históricos, quais sejam, raça e trabalho, mediante

a codificação das diferenças entre conquistadores e conquistados na ideia de raça e a articulação de todas as formas históricas de controle do trabalho, de seus recursos e de seus produtos, em torno do capital e do mercado mundial. (QUIJANO, 2005, p. 106)

Constituiu-se uma divisão racial do trabalho que permaneceu vigente durante todo o período colonial segundo a qual o colonizado participava como escravo ou servo e sequer era digno de salário. Raça e trabalho articularam-se de uma maneira tal que apresentaram-se como intrínseca e naturalmente associados, de uma forma tal que até hoje vem se mostrando excepcionalmente bem sucedida (QUIJANO, 2005, p. 106).

Infere-se que a colonialidade do poder envolve padrões de poder que estruturam hierarquias, tanto numa perspectiva global quanto nacional, sem que isso se limite a uma hierarquia de raça/etnia e trabalho, mas englobando um heterogêneo e complexo sistema de hierarquias que radica em torno das dimensões sexual, de gênero, de conhecimento, de linguagem, religiosidade e espiritualidade. Por desenvolver-se de forma estrutural e sistêmica, a colonialidade do poder transcende o fim das administrações coloniais. Os processos de independência dos países da América Latina, ocorridos

durante o final do século XVIII e início do XIX, não implicaram a superação do padrão de poder constituído durante o período colonial formal. Índios, mestiços e negros, então, continuaram presos a hierarquizações coloniais, pela ideologia racista europeia que constituía o imaginário das elites locais brancas, que se identificavam com a figura do colonizador (BERNARDINO-COSTA, 2007).

Ao processo de “civilização” das nações latinoamericanas seguiu-se o de modernização. No caso brasileiro, constituiu-se um imaginário que sequer concebia a colonialidade do poder (tão exitosa fora a colonização), imaginário esse que foi estruturado no mito da democracia racial – sobretudo após a igualdade jurídica de todos. Os esforços para pensar a nacionalidade do país ignorava a existência do “outro”, externo à figura do colonizador, e assim silenciava-o e destituía-o de legitimidade enunciativa. Porém, o empenho para construção de uma narrativa dissonante é uma resposta natural à diferença colonial, e pode-se dizer que sempre esteve presente em situações coloniais (BERNARDINO-COSTA, 2007).

No embate entre os projetos globais europeus e as histórias locais produziram-se diferentes *loci* de enunciação de acordo com a diferença colonial. Estes *loci* de enunciação que afloram tanto podem reproduzir uma narrativa eurocentrada hegemônica – como o racismo, o sexismo, o patriarcalismo, a geopolítica do saber - quanto podem, também, enquadrar-se no que se chama “pensamento frinzeiriço”, ou *border thinking* (MIGNOLO, 2003).

O pensamento frinzeiriço é a razão subalterna movimentando-se para promover os saberes subalternizados em detrimento da sacralização dos projetos globais europeus. “(...) Na perspectiva da subalternidade, é uma máquina para a descolonização colonial, e, portanto, para a descolonização política e econômica” (MIGNOLO, 2003, p. 76).

A posição subalterna nos planos político e epistemológico possibilita aos sujeitos subalternizados a análise desconstrutivista, abrindo, então, possibilidades discursivas encobertas pelas narrativas hegemônicas. O objetivo da teorização descolonial é reinscrever na história da humanidade o que foi reprimido pela razão moderna, através do pensamento frinzeiriço e sob a perspectiva da subalternidade.

A noção de colonialidade do poder, portanto, mostra-se extremamente útil para que se possa compreender a natureza do relacionamento das trabalhadoras domésticas com o mundo patronal, considerando-se desde a precária inserção dessa categoria no mercado de trabalho formal até a recusa de seu pleno reconhecimento jurídico pela legislação brasileira.

4 Sindicatos das trabalhadoras domésticas: um movimento de resistência e re-existência

Abdias do Nascimento (2002) define o quilombismo da seguinte maneira:

Desta realidade (exclusão racial) é que nasce a necessidade urgente ao negro de defender sua sobrevivência e de assegurar a sua existência de ser. Os quilombos resultaram dessa exigência vital dos africanos escravizados, no esforço de resgatar sua liberdade e dignidade através da

fuga ao cativeiro e da organização de uma sociedade livre. A multiplicação dos quilombos fez deles um autêntico movimento amplo e permanente. (...) Genuínos focos de resistência física e cultural. Objetivamente, essa rede de associações, irmandades (...) tanto os permitidos quanto os 'ilegais' formam uma unidade, uma única afirmação da existência humana, étnica e cultural, a um tempo integrando uma prática de libertação e assumindo o comando da própria história. A este complexo de significações, a esta práxis afro-brasileira, eu denomino de quilombismo (NASCIMENTO, 2002, p. 264-5).

Utiliza-se o conceito de quilombismo para conceber os sindicatos das trabalhadoras domésticas (BERNARDINO-COSTA, 2007). As diversas organizações políticas das trabalhadoras domésticas desempenham a função de movimento social de resistência à exploração econômica e à marginalização social e de luta pela afirmação da existência humana de cada empregada doméstica.

O movimento das trabalhadoras domésticas tem como marco histórico inicial registrado a fundação da Associação Profissional dos Empregados Domésticos de Santos, em 1936, por Laudelina de Campos Melo. A pioneira organização das trabalhadoras domésticas já nascia com o objetivo de conquistar o status jurídico de sindicato, uma vez que este possui legitimidade jurídica para negociar de forma mais direta com o Estado (BERNARDINO-COSTA, 2007).

Mas a situação de exclusão a que haviam sido relegadas ia além da inexistência, para elas, do direito à sindicalização; abrangia a não regulamentação da profissão pela CLT, em 1943. A principal reivindicação, portanto, neste momento histórico, era a de igualdade jurídica perante outras categorias trabalhistas, uma vez que essa diferenciação, inquestionavelmente, as inferiorizava.

Não por coincidência, Laudelina de Campos Melo, fundadora da referida associação de empregadas domésticas, era militante do movimento negro da época. Já na década de 1930, Laudelina tinha contato com militantes de associações negras de São Paulo, sendo inclusive militante da Frente Negra Brasileira.

O movimento negro, o movimento sindicalista e a Igreja Católica (através da JOC, Juventude Operária Católica) são fundamentais, na luta das trabalhadoras domésticas, para formação de um movimento nacional. Desde o nascimento da CUT, as associações das trabalhadoras domésticas viram o intercâmbio e interação com esta entidade como uma meta. Em sua dimensão nacional, durante esta primeira fase, predominou a interpretação classista da condição da trabalhadora doméstica, compreendendo-a como uma luta de classes, consequência natural da negligência de que foram vítimas quanto à efetivação de direitos já garantidos a outras categorias (BERNARDINO-COSTA, 2007).

Embora o discurso classista assumisse lugar prioritário para o movimento das trabalhadoras domésticas até meados da década de 80 do século XX, o debate racial também esteve presente. Havia a identificação, por exemplo, do quarto de empregadas com senzalas e da casa da patroa/patrão com a casa-grande, do trabalho doméstico com o trabalho escravo, do(a) negro(a) com o trabalho doméstico e do(a) branco(a) com o mundo patronal. Por sua vez, o movimento feminista se tornaria um parceiro

definitivo do movimento das trabalhadoras domésticas, em escala nacional, a partir da intensa mobilização em torno da Constituinte, em que houve amplo suporte, por parte das feministas, à categoria (BERNARDINO-COSTA, 2007).

Ainda após a promulgação da nova constituição, inobstante tenham sido conquistados alguns direitos historicamente demandados, a busca pelo reconhecimento profissional continuou sendo a tônica das Associações que tinham então recebido o status jurídico de Sindicato das trabalhadoras domésticas, mediante a conquista do direito à sindicalização.

O período que se seguiu ao da Constuinte foi marcado pelo fortalecimento da relação do movimento nacional das trabalhadoras domésticas com os movimentos negro e feminista, o que não significou o arrefecimento do vínculo com o movimento sindical, inclusive porque, em 1999, houve a filiação da FENATRAD (Federação Nacional das Trabalhadoras Domésticas) à CUT e à CONTRACS, desenvolvendo a partir daí atividades com a Comissão Nacional de Mulheres Trabalhadoras da CUT. Além disso, o movimento das trabalhadoras domésticas ganha uma projeção também internacional, através da intensificação da participação nas atividades da Conlactraho (Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar), de entidades internacionais, sobretudo, ligadas ao feminismo e ao movimento negro e de combate ao trabalho infantil, como a OIT e o UNICEF.

A seguir, o importante e contundente relato de Creuza de Oliveira, empregada doméstica, proferido no Fórum Especial “Vozes sobre Experiências Comparativas de Racismo” da 3ª Conferência Mundial da ONU contra o racismo, que ocorreu na África do Sul, em Durban, entre agosto e setembro de 2001, relato este que revela uma interpretação do lugar da trabalhadora doméstica no Brasil a partir da perspectiva da colonialidade do poder, daqueles que tem sofrido um processo de modernização que exclui negros e indígenas, no qual se percebe a perpetuidade das hierarquias coloniais a se reproduzirem na atualidade.

Remeto-me à colonização das Américas e conseqüentemente a escravidão dos povos africanos para falar da discriminação e racismo no Brasil. Este sistema negou a humanização desses povos submetidos a opressão e os tratou como coisas. A sociedade brasileira se estruturou e desenvolveu graças ao trabalho escravo, foi o país que recebeu o maior contingente de africanos escravizados, cerca de 4.500.000 indivíduos, que se perpetua até hoje na desigualdade em todos os seus aspectos, econômicos, culturais, sociais, educacionais, etc. Minha história não é muito diferente das de tantas outras mulheres negras trabalhadoras domésticas oriundas de famílias pobres. Expulsa do interior do Brasil, pela miséria e precárias condições de sobrevivência, estas famílias são obrigadas a enviar seus filhos e filhas para o trabalho braçal. A maioria chega nos grandes centros ainda com tenra idade, pois o trabalho infantil é também uma das chagas da desigualdade e da exploração da sociedade brasileira. (...) Eu já trabalhava desde os dez anos de idade e após a sua [da mãe] morte, fui então trabalhar na casa de uma família, com a promessa de colocar-me na escola, e teria como tarefa todo serviço da casa e ser babá de uma criança de dois anos. Longe de minha família e entes queridos, logo sentiria a discriminação que marcaria minha vida para todo sempre. Os patrões faziam piadas com a minha pessoa, principalmente do meu cabelo, e da minha família. Lembro que em certa ocasião, em uma das visitas de minha mãe, ela cuspiu no pátio dos fundos da casa, prática comum no interior. Quando ela foi embora a dona da casa fez com que eu lavasse todo o pátio e passasse pano molhado na casa, numa clara alusão, que vim entender mais tarde, de que minha família e

eu éramos sujos. Convivia com as crianças da casa, mas sentia o tratamento desigual para comigo, também criança. A minha refeição era feita pela patroa com o resto de comida do prato dos seus filhos, ela dizia: 'pode comer, tá limpo'. O prato em que eu comia era diferente dos outros e ficava guardado embaixo da pia. Dava-me como exemplo dizendo aos filhos: 'se você não estudar, vai ser graxeira, vai ser empregada'. Foi um longo processo de negação de mim mesma, da minha humanidade e da perda da minha infância que foi junto com a morte de meus pais. Meus afazeres e as constantes humilhações não me permitiam ser criança, brincar fantasiar e muito menos ir a escola como haviam prometido. (...) Era criança, mas trabalhava como se fosse um adulto. A ilusão de sair do interior, trabalhar na cidade ir à escola não se concretizou. Ao visitar-me, de seis em seis meses, minha mãe recebia restos de comida, roupas usadas e cerca de vinte reais, que era a 'paga' pelos meus serviços. Neste período o meu maior sofrimento era o espancamento, por qualquer motivo, sendo taxada de lerda, idiota, preguiçosa, etc. Quando a patroa não estava em casa, o pai dela, de sessenta anos, mostrava-me os órgãos genitais, masturbava-se e pedia que eu pegasse. Não tinha noção que estava sofrendo abuso sexual. Nestes mais de trinta anos de profissão, após um período de construção de minha militância, através do Movimento Negro Unificado, do Movimento de Mulheres, do Movimento Sindical e exercendo, atualmente, a função de presidenta da Federação Nacional dos Trabalhadores Domésticos do Brasil e Secretária de Direitos Humanos da Conlactraho, constato que o trabalho doméstico continua com a mesma prática, inclusive nos países da América Latina, como por exemplo: México, Peru, Argentina, Guatemala, onde as trabalhadoras são pessoas que continuam sendo desrespeitadas, violentadas e exploradas. A diferenciação do trabalho doméstico não é somente uma prática do senso comum, mas também evidencia-se pela lei, pois legalmente o trabalho doméstico não é considerado nem regido pelas leis trabalhistas. A lei 5859/1972 que regulamenta a categoria trabalhador doméstico define a(o) trabalhadora(or) como 'aquele que presta serviço de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família no âmbito residencial destas'. Em uma sociedade machista, racista e classista uma atividade social e culturalmente associada às mulheres compostas hegemonicamente por mulheres negras, definida como sem finalidade lucrativa, não é valorizada. (...) Hoje luto, em várias instâncias, COLACTRAHO (Confederación Latinoamericana y del Caribe de Trabajadoras del Hogar), FENATRAD (Federação Nacional dos Trabalhadores Domésticos), Sindoméstico (Sindicato dos Trabalhadores Domésticos do Estado da Bahia), Movimento Negro Unificado, onde aprendi a aceitar-me como negra e não ter vergonha de mim mesma, de meu cabelo, da minha cor de pele; e ainda no Conselho Estadual de Mulheres, no sentido de buscar uma igualdade, reconhecimento e garantia dos direitos humanos, sociais e trabalhistas das trabalhadoras domésticas. A discriminação que recai sobre esta categoria profissional além de física é também psicológica, sendo esta última devastadora, pois estas deixam marcas tão profundas que não podem ser reparadas sem um atendimento especializado. Violência muitas vezes desencadeada em espaço privado, de forma muitas vezes 'cordial', traduzida por não ter sua cidadania respeitada, não ter uma moradia, morar no local do trabalho, muitas vezes inadequado; ficar a disposição do patrão, não ter jornada de trabalho fixada em lei; em função disto perder contato com o resto da sociedade, não tendo horário de lazer, de cuidar de sua saúde, nem para viver sua vida; constituir família, em uma expressa violação do direito de ir e vir. Sem contar que a separação e o distanciamento de sua família já caracterizam uma violência. A dominação e opressão exercida pelos patrões, neste espaço privado, se constituindo em uma lavagem cerebral, em um quase confinamento leva a aceitar todo tipo de informação como verdadeira, sem oportunidade de análise crítica, até mesmo da situação em que se encontra. (...) Por fim, quero reforçar as reivindicações dos fóruns internacionais, realizados até chegarmos aqui nesta Conferência, falo pois das deliberações tiradas no III Encontro Nacional de Mulheres Negras do Brasil, em julho de 2001; da Conferência Preparatória do Chile, em dezembro de 2000; do I Encontro Nacional de Parlamentares Negros, realizado no Brasil, em julho de 2001 e; da Conferência Preparatória realizada em Genebra, na Suíça, em maio de 2001. Nestes encontros as comunidades negras e indígenas das Américas, os países do Continente Africano e outros povos em posições desiguais no plano mundial, colocaram como questões imprescindíveis que o racismo passe a ocupar o patamar de crime de lesão contra a humanidade e como política internacional pela superação dos danos causados pela escravidão, que todos os governos, presentes nesta conferência incluam no documento oficial o compromisso de levar a cabo nos seus territórios nacionais e no plano mundial as políticas de reparação às vítimas do racismo, bem como a todo tipo de opressão de gênero e raça. (CREUZA DE OLIVEIRA, 2004).

5 O embate com o Estado e a sociedade: a busca por regulamentação jurídica

O fim da escravidão legal no Brasil não foi acompanhado de políticas públicas e mudanças estruturais para a inclusão da população negra recém liberta – após mais de três séculos de escravização – na sociedade. Tamaña realidade de exclusão e opressão com a qual se deparam os negros libertos ao insurgirem-se no mercado de trabalho no pós-abolição, que se considera que a situação da mulher negra que desempenhava a função de escrava “de casa”, ou mucama, neste momento, graças a uma certa “continuidade” do trabalho realizado e a perpetuação da sua realização no âmbito doméstico, era, em termos relativos, mais favorável, comparativamente à do negro (FERNANDES, 1978).

Se a transição da ordem escravocrata para a ordem livre foi “suavizada” (se é que se pode utilizar este termo sem que se incorra numa irresponsabilidade histórica) para esta categoria de trabalhadoras dada a continuidade funcional do trabalho por elas exercido antes e depois deste marco regulatório, por outro lado, não se pode negligenciar que esse fato tenha contribuído para que perdurasse, também, no imaginário social, uma representação negativa da figura da empregada doméstica, remetendo-a invariavelmente à da escrava, subsumindo-a a esta condição.

Tanto no discurso representativo do universo da patroa quanto no discurso autorreferenciado das empregadas domésticas, permanecem constantes as identificações, frutos destas construções sociais, do trabalho doméstico com o trabalho escravo. A lenta conquista de direitos pela categoria e os constantes desrespeitos de que são alvo até hoje também tem origem neste mesmo sistema de representações que se perpetua (BERNARDINO-COSTA, 2007).

As relações raciais brasileiras – e particularmente aquela que se desenvolve entre patrões e empregadas domésticas – frequentemente são classificadas como sendo perfeitamente harmoniosas, ignorando-se o fato de que, graças ao arbítrio naturalmente conferido pela suposta “proteção” que lhes seria oferecida pelos seus patrões, a empregada esteve, e ainda hoje está, ainda mais vulnerável - abandonada pelo Estado, que não lhes reconhece os direitos - à “tutela” das famílias.

Como revela uma reportagem do Correio Paulistano de 05/09/1908, a recorrência da violência é comum na jornada das trabalhadoras domésticas:

Há muitos anos já não lhe era permitido sair à rua pelos donos da casa, nem mesmo à porta da rua. Não era bem tratada... era castigada com chicote, tomava bofetadas, murros nas costas e nos braços, dos quais, em consequência dessas pancadas, mal podia erguer à altura da cabeça... além de espancá-la constantemente, dava-lhe bofetões na boca, com os quais lhe arrancou os dentes (MATOS, 1994, p. 209).

As primeiras regulamentações jurídicas concernentes ao trabalho doméstico pertenciam a um código de postura que visava a um controle sanitário e policial das trabalhadoras domésticas, suprimindo uma demanda por segurança advinda da família brasileira contra os “contágios e perigos” oferecidos por

estes trabalhadores. Entre outras obrigações, o decreto estabelecia que o trabalhador doméstico deveria apresentar carteira de identificação profissional (na qual deveria constar foto e impressão digital) e à Delegacia do respectivo distrito policial, sempre que deixasse o emprego, no prazo de 48 horas, sob pena de multa (cf. Kofes, 2001: 278).

Em 1932, o governo Vargas cria, através do decreto 21.175, a carteira profissional obrigatória para os trabalhadores urbanos, ao que se segue, em 1934, o reconhecimento do direito à sindicalização através do decreto 29.694. As trabalhadoras domésticas estavam à margem destas conquistas.

Por sua vez, a CLT, instituída em 1943, teve bastante êxito em excluir do seu campo de aplicação o serviço doméstico. Significa dizer que, ao passo que as demais categorias passaram a gozar do devido instrumento jurídico próprio, especializado para o campo do trabalho, para a sua proteção e tutela, a categoria das domésticas permaneceu sendo regulada pelo Direito Civil - restrito ao âmbito dos controles policial e de saúde.

Ressalte-se, para que fique claro, que a CLT define os empregados domésticos para excluí-los de qualquer benefício trabalhista ou do rol dos direitos positivos. O artigo 7º da CLT (Decreto-Lei 5.452, de 1/05/1943 – Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho) diz:

Artigo 7º - Os preceitos constantes da presente Consolidação, salvo quando for, em cada caso, expressamente determinado em contrário, não se aplicam:

a) aos empregados domésticos, assim considerados, de um modo geral, os que prestam serviços de natureza não-econômica à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas (SAFFIOTI, 1978, p. 37).

Em 23/04/1956, a lei 2.757 passa a distinguir os serviços do condomínio dos empregados domésticos. Em seu artigo 1º, postula:

são excluídos das disposições da letra “a” do art. 7º do decreto-lei nº 5.452, de 1/05/1943 e do art. 1º do decreto-lei nº 3.078, de 27/02/1941, os empregados porteiros, zeladores, faxineiros e serventes de prédios de apartamento residenciais, desde que a serviço da administração do edifício e não de cada condômino em particular” (SAFFIOTI, 1978, p. 37).

Em 1956, portanto, as supracitadas categorias de trabalhadores passaram, então, a ser reconhecidas para fins trabalhistas. A categoria das domésticas permaneceu excluída (Cf. Santos, 1998).

Tal realidade de negligência e desrespeito se confrontava com a realidade de luta protagonizada pela categoria. A existência de atores sociais negros/negras e trabalhadoras domésticas demandando direitos sociais, de forma contundente, desde a década de 30 do século XX, foi silenciada e ignorada pela República. Inobstante, não há dúvidas acerca da imprescindibilidade dos movimentos de resistência e de re-existência, das associações e sindicatos das trabalhadoras domésticas, para que os poucos avanços legais conquistados tenham sido possibilitados.

Em 1972 surge a lei 5.859, que é considerada um marco legal para a categoria das trabalhadoras domésticas uma vez que estabelece, pela primeira vez (não mais na condição facultativa, como fez a Lei

Orgânica da Previdência Social, em 1960) a filiação obrigatória da trabalhadora doméstica à Previdência Social.

O artigo primeiro desta lei, ao definir o emprego doméstico, corrige a anterior definição dada pela CLT, segundo a qual o empregado doméstico desempenharia “serviço de natureza não-econômica ou à família, no âmbito residencial destas”. Se equivocou ao caracterizá-lo enquanto não econômico, uma vez que qualquer atividade destinada à satisfação de necessidades é econômica (Cf. Saffioti, 1978: 37). A lei 5.859, então, passa a definir o trabalho doméstico da seguinte forma:

Art. 1º - Ao empregado doméstico, assim considerado aquele que presta serviços de natureza contínua e de finalidade não lucrativa à pessoa ou à família, no âmbito residencial destas, aplica-se o dispositivo desta lei.

Art. 2º - Para a admissão ao emprego deverá o empregado doméstico apresentar:

I – Carteira de Trabalho e Previdência Social;

II – Atestado de boa conduta;

III – Atestado de saúde a critério do empregador.

Art. 3º - O empregado doméstico terá direito a férias anuais remuneradas e de 20 (vinte) dias úteis, após cada período de 12 (doze) meses de trabalho, prestado à pessoa ou família.

Art. 4º - Aos empregados domésticos são assegurados os benefícios e serviços da Lei Orgânica da Previdência Social, na qualidade de segurados obrigatórios.

Art. 5º - Os recursos para o custeio do plano de prestação provirão das contribuições abaixo, a serem recolhidas pelo empregador (...)

I – 8% do empregador;

II – 7,65% do empregado doméstico.

Tal lei passou a considerar os trabalhadores domésticos enquanto segurados obrigatórios da previdência social, reconhecendo-lhes o direito à aposentadoria, cujo recolhimento caberia não mais ao próprio trabalhador, como estabelecia a lei 3.807 de 1960, mas ao empregador doméstico, ao tempo em que também a ele passou a ser devida parte dessa contribuição, partilhando com o trabalhador o dever de custeio. Note-se que o direito ao salário mínimo ainda não tinha sido ganho pela categoria.

A lei 5859/72, a primeira a, efetivamente, atribuir direitos às trabalhadoras domésticas, foi uma resposta ao ativismo da categoria, que estava organizada em associações. Pelo seu caráter inovador, tal lei causou discussões que foram manifestas nos jornais da época. Suely Kofes (2001) faz um breve apanhado desta discussão:

Se em todas as declarações de representante de associações (de trabalhadores domésticos) lemos ‘foi um primeiro passo, mas ainda não estamos satisfeitas’, quando as entrevistadas são patroas, há as que reconhecem a justiça da lei e as que reclamam: ‘A gente paga bem. E se dermos boa vida às empregadas, elas abusam. Deixam de fazer o serviço, são desleixadas, não têm conhecimento para dar bom andamento ao trabalho, e no fim ainda dizem que nós as exploramos (KOFES, 2001, p. 295).

Segundo Kofes, não somente a lei, mas o ante-projeto, - designado pelos jornais como “ato de Médici” - geraram muitas discussões à época. Destaque-se uma das opiniões contrárias ao ante-projeto, publicada no jornal O Estado de São Paulo, no dia 23 de outubro de 1972, sob o título “Ainda sobre o Trabalho Doméstico”:

Nos maiores centros urbanos do País, os resultados da iniciativa – se ela for avante – não tardarão a se manifestar. A prostituição aumentaria rapidamente. Seria a saída inevitável para muitas moças, que vindas das zonas rurais mais pobres, encontram solução transitória para seus problemas nos empregos domésticos. Esta situação mudaria, e não é preciso ser Cassandra para prever a enorme redução de empregos domésticos na classe média, se o projeto do Sr. Ministro do Trabalho for transformado em lei. A contribuição de Cr\$ 43,00 mensais para a previdência provocaria uma queda brusca na oferta de empregos (KOFES, 2001, p. 291).

O argumento de que qualquer benefício a ser reconhecido às trabalhadoras domésticas redundará na diminuição de postos de trabalho destinados à categoria, depois se descobrirá, será um mantra repetido insistentemente – até as épocas atuais, inclusive – ao qual se recorrerá sempre que a legislação esteja em vias de tornar-se mais garantista às empregadas domésticas.

Como resposta às demandas do movimento das trabalhadoras domésticas, na reabertura democrática do país, correspondente ao período da Constituinte de 1988, tem-se o segundo momento de ampliação do marco legal de inserção dessas trabalhadoras no campo dos direitos trabalhistas. Tal ampliação, porém, se deu com inúmeras ressalvas, considerando-se que dos 34 direitos expressos no art. 7º da nova Constituição, apenas nove aplicavam-se aos trabalhadores domésticos, segundo expressa imposição do parágrafo único do mesmo artigo: “Parágrafo único – São assegurados à categoria dos trabalhadores domésticos os direitos previstos nos incisos IV, VI, VIII, XV, XVII, XVIII, XIX, XXI e XXIV, bem como a sua integração à previdência social.”

Portanto, os direitos são os seguintes:

- IV - salário mínimo, fixado em lei, nacionalmente unificado, capaz de atender a suas necessidades vitais básicas e às de sua família com moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdência social, com reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo, sendo vedada sua vinculação para qualquer fim;
- VI – irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo;
- VIII – décimo terceiro salário com base na remuneração integral ou no valor da aposentadoria;
- XV – repouso semanal remunerado, preferencialmente aos domingos;
- XVII – gozo de férias anuais remuneradas com, pelo menos, um terço a mais do que o salário normal;
- XVIII – licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias;
- XIX – licença-paternidade, nos termos fixados em lei;
- XXI – aviso prévio proporcional ao tempo de serviço, sendo no mínimo de trinta dias, nos termos da lei;
- XXIV – aposentadoria.

A Constituição Federal, portanto, deixou de reconhecer direitos que eram reivindicados desde o início da década de 70, entre os quais a proteção contra despedida sem justa causa, o seguro desemprego, o FGTS, o salário-família, a regulamentação da jornada de trabalho e a hora-extra. Apesar de ter avançado muito menos do que poderia na legislação trabalhista, houve ainda quem questionasse os referidos avanços como se fossem excessivamente reguladores da “harmoniosa” relação entre patrões e empregadas, e, semelhantemente ao ocorrido em 1972, pressagiu-se efeitos desastrosos

para a referida relação. Juristas e economistas passaram a apresentar seus pareceres acerca das conquistas da categoria, um deles, bastante representativo, abaixo reproduzido:

Se todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, o regime do trabalhador doméstico, advindo da relação empregatícia é equiparado ao regime jurídico trabalhista dos demais empregados de fábricas, indústria ou empresas, sendo-lhes, assim, assegurados inúmeros dos direitos previstos, neste artigo 7º.

Características dos empregados domésticos – eis aspecto relevante, que é preciso acentuar, porque sui generis a tipologia da empregada das casas, ou melhor, da doméstica.

O trabalhador comum, regra geral, não reside no emprego: toma condução – uma, duas e até mais – para chegar ao lugar de trabalho. Paga as refeições do próprio bolso, ou, quando muito, tem o talão restaurante, que cobre apenas parte da refeição. Ou, quando reside próximo ao emprego, o que é raríssimo, come em casa. Depende de transporte coletivo e nas viagens de ida e volta perde muitas horas, enfrentando filas nos ônibus, trens, metrô e, no final da jornada de trabalho, tudo recomeça com novas filas e horas de desconforto, para voltar ao lar. A doméstica, que mora no emprego, levanta-se de manhã, sempre mais tarde que o trabalhador comum, prepara o café, alimenta-se principiando o dia sem as mesmas dificuldades enfrentadas pelo trabalhador, com os meios de transporte. Partilha, a seguir, da vida da casa.

Prepara o almoço e come o mesmo tipo de comida dos patrões e a mesma sobremesa. A tarde prepara o jantar, ou lanche, de que também participa na qualidade de comensal.

A noite, terminado o trabalho está livre e, caso durma no emprego, tem quarto confortável, independente, com rádio ou televisão. Pode ainda ler os jornais, que os patrões já leram. E revistas.

Ao final desta normal 'jornada de trabalho' - o que é regra no país de norte a sul e principalmente nas capitais e cidades grandes – a empregada doméstica nada gastou do próprio bolso com transporte, alimentação, higiene, vestuário (inúmeras patroas fornecem uniforme), material de energia elétrica, telefone, rádio, televisão, máquinas e aparelhos elétricos, em suma, pode guardar, integralmente, o salário no fim do mês, do que se conclui que, na prática, a relação empregatícia patroa-empregada difere de modo radical da relação de emprego que se forma entre empresa e trabalhador, nas fábricas, nos escritórios, nas lojas, nos supermercado, onde a impessoalidade é a regra, pois os patrões raramente entram em contato com os trabalhadores (...). Na relação de emprego patroa-empregada, qualquer problema pessoal da doméstica é comunicado à primeira, que dedica à empregada os mesmos cuidados dispensados aos outros membros da família, providenciando os primeiros cuidados e o atendimento de pronto-socorro médico, de hospital e de dentista.

Terminado o almoço, lavando a louça ou colocados os pratos na máquina, a empregada, aos sábados, está livre. Quando, em caso de visitas trabalha aos sábados ou aos domingos, recebe gratificações que equivalem às denominadas hora extras.

(...) Aplicar, como quer o legislador constituinte, as mesmas regras para a relação empresário-trabalhador e patroa-empregada, é utopia, divorciada da realidade, que trará desastrosas consequências imediatas e futuros: despedidas em massa. As consequências imediatas já se fazem sentir. Famílias estão mudando hábitos, adquirindo congelados (os freezers) e fornos microondas, dispensando antigas empregadas e, em lugar, contratando quituteiras (ou comprando pratos congelados), diaristas ou faxineiras e, até mesmo horistas, algumas vezes por semana.

As empregadas dispensadas, por sua vez, não encontram emprego nas fábricas e, quando encontram, comparam as vantagens que tinham no emprego doméstico, ao perceber que o que ganham é gasto com transporte, alimentação, vestuário, higiene, sem contar o uso de energia decorrente de aparelhos e máquinas do antigo emprego.

O ano seguinte à Constituição, 1989, quando o piso salarial aumentar, como já aumentou, a situação se tornará, no mínimo caótica, causando impacto maior sobre as domésticas despedidas do emprego, do que sobre as patroas ou donas-de-casa, cuja situação econômica permite fácil solução encontrada em outras vias.

Por outro lado, as empregadas domésticas, animadas com as perspectivas abertas pela Constituição e incitadas por falsos amigos procuram, junto a colegas, mais esclarecimentos sobre 'seus direitos', reivindicando-os perante as patroas, esquecendo-se, porém, momentaneamente, quase sempre, das vantagens decorrentes da sua peculiar relação de emprego. (CRETELLA JR., 1989 apud PINTO, 1993, p. 346-8).

Bastante elucidativa a citação do jurista Cretella Júnior (1989), por trazer novamente à tona os recorrentes argumentos reproduzidos pelos setores sociais contrários à expansão de direitos das trabalhadoras domésticas. Tais argumentos, que assemelham o texto a uma peça de ficção literária, curiosamente – ou nem tanto - expressam os mesmos conteúdos daqueles apresentados no debate sobre a lei 5.859, em 1972.

Tanto em um como em outro caso, impressiona o descuido com qualquer correspondência entre teoria e realidade, a partir de uma visão absolutamente romantizada acerca do trabalho doméstico. Destaque-se, porque importante, que tal capacidade de projetar uma realidade inexistente para descrever a situação do outro implica na negação reiterada desse outro e da realidade de suas condições materiais, a partir, inclusive, da desconsideração de sua voz e de sua fala, que, por mais que se insurja para se auto-afirmar e reafirmar o seu lugar e o seu verdadeiro papel, é reificada, sendo a ela negado esse espaço e sobre ela construída uma outra narrativa mais atraente, conveniente e oportuna, e, por isso mesmo, absolutamente alheia à materialidade dos fatos. Ainda, conforme interpreta Enrique Dussel (1994), tal prática se apresentará como estratégia retórica recorrente da modernidade autocentrada numa cosmologia europeia e numa elite branca, para justificar e reproduzir privilégios, inclusive em termos de Brasil.

5.1 A Emenda Constitucional nº 72/2013: avanços e permanências

A emenda constitucional nº 72, de 2013, oriunda da PEC 478/2010 (aprovada na Câmara no fim de 2012, e, no Senado, transformada na PEC 66/2012) veio a tentar superar os anos de desigualdade que separaram as trabalhadoras domésticas dos demais trabalhadores quanto ao exercício de direitos trabalhistas.

A emenda veio a suprir uma dívida histórica que se tinha com essas trabalhadoras, e, dando nova redação ao parágrafo único do mencionado artigo 7º da Constituição da República, ampliou os direitos das empregadas domésticas, assegurando-lhes também: piso salarial; proteção do salário; limitação da jornada de trabalho em oito horas diárias e quarenta e quatro horas semanais; remuneração do serviço extraordinário superior em, no mínimo, 50% a mais; redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança; reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho; proibição de diferença de salários, de exercício de funções e de critério de admissão por motivo de sexo, idade, cor ou estado civil, dentre outros.

Alguns desses direitos eram de imediata aplicação, como os acima citados. Outros, por exigência do legislador, necessitavam de regulamentação expressa, como o FGTS e o adicional noturno. Assim, alguns direitos só vieram a ser regulamentados em 2015, através da lei complementar 150, que dispõe

sobre o contrato de trabalho doméstico. Muito embora, como direitos fundamentais que são, devessem haver sido aplicados imediatamente, tendo em vista o que dispõe o §1º do art. 5º da Constituição Federal. Em tempo, os avanços, apesar de importantíssimos, não conseguiram abarcar todas aquelas que – a nosso ver – devem ser consideradas trabalhadoras domésticas, como, por exemplo, as diaristas.

Outra novidade trazida pela aprovação da EC 72 é a legitimação dos sindicatos das trabalhadoras domésticas, que, antes da referida emenda, careciam de diversas prerrogativas, como a capacidade de negociação coletiva, a possibilidade de deflagrar greves e mesmo de cobrar contribuição sindical; hoje isso lhes é possível, vez que foi concedido à classe o “reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho”, conferindo mais força e legitimidade à atuação desses sindicatos.

Mais uma vez, os meios de comunicação em massa encarregaram-se de inflamar a resistência das classes média e alta às inovações previstas, adotando uma postura pessimista e prevendo a possibilidade de “desemprego em massa” da categoria. Muito mais do que a conquista de dignidade, cidadania e trabalho decente por parte dessas trabalhadoras, a mudança na legislação foi compreendida pelas classes média e alta, simplesmente, como um aumento da onerosidade destas empregadas ao orçamento familiar, entendimento este expresso em Carta Aberta do Sindicato dos Empregadores Domésticos do Estado de São Paulo (SEDESP) ao Congresso Nacional, na qual é proferido posicionamento contrário e repelente à então PEC 478/10, invocando-se a suposta sobrecarga das obrigações trabalhistas a serem exigidas aos patrões, e a consequente demissão em massa e posterior extinção da categoria das empregadas domésticas, caso a emenda fosse aprovada.

Entre as classes patronais, houve também quem afirmasse que a Emenda Constitucional 72 era discriminatória em favor das empregadas domésticas, e que o relacionamento entre empregada e empregador deixaria de ser “confiável e amistoso” – predicados utilizados para mascarar aspectos outros que permeiam a dita relação, como a subserviência e a dependência, nutridas por parte da empregada, bem como o paternalismo e a não sujeição às obrigações nascidas deste vínculo empregatício, por parte do patrão – para tornar-se uma relação burocrática e conflituosa.

6 Conclusão

As insuficientes legislações laborais a regular a relação de trabalho doméstico, bem como a ausência da tutela integral dos direitos já conquistados pela classe trabalhadora à referida categoria, produziam – e seus efeitos ainda se fazem sentir - uma situação de distorção, flagrante a subvalorização sofrida por estas trabalhadoras enquanto sujeitas de direitos. Em tal situação de marginalização não se pode deixar de implicar o Estado, em sua ausência enquanto agente regulador e fiscalizador dessa relação de trabalho.

A situação de precarização do trabalho doméstico, ainda hoje, é flagrante, inclusive segundo dados da Pesquisa Nacional por Amostras de Domicílios (PNAD) de 2011, que concluiu que apenas 24,5% das trabalhadoras domésticas possuíam registro na carteira de trabalho. O número de diaristas que não gozam de contrato de trabalho, portanto sequer possuem vínculo formal empregatício e permanecem à margem da formalidade, cresceu em média 10% de 2004 a 2011, passando de 21,4% para 30,6%. Quanto à contribuição à Previdência Social, outro importante termômetro identificador da precarização, em 2011, entre as empregadas domésticas mensalistas, apenas 39% eram contribuintes da Previdência, e, entre as diaristas, este percentual era de 25,7%. Quando comparado ao de outras profissões celetistas, o grau de formalização do trabalho doméstico é baixíssimo: enquanto a proporção média de empregados com carteira assinada foi de 59,8%, entre as empregadas domésticas esse índice foi de 24,55%.

Entre os problemas mais comuns enfrentados pela categoria estão as longas jornadas de trabalho, baixos salários, pouca cobertura de seguridade social, abuso moral e sexual e violência física, segundo Relatório da Organização Internacional do Trabalho, de 2013, num diagnóstico das condições de exercício desta atividade a nível mundial, em que o Brasil aparece, inclusive, como o país com maior número de empregadas domésticas do mundo, em termos absolutos.

Ainda que tenha se limitado à inclusão das empregadas domésticas entre os trabalhadores assalariados dignos dos direitos constitucionalmente tutelados, de cuja proteção estatal foram, até então, parcialmente excluídos – caracterizando tardia reparação histórica - a PEC das domésticas, quando ainda estava em discussão nas Casas Legislativas, causou muita polêmica e repercutiu na mídia de forma alarmista e majoritariamente negativa.

Conclui-se, portanto, que, embora tenha havido significativo avanço, em termos de política legislativa, trazido pela Emenda Constitucional 72/13, não se deve olvidar, do ponto de vista da antropologia cultural, que as raízes e efeitos da exploração sofrida por essa categoria profissional permanecem vivos. Para o movimento das trabalhadoras domésticas, o trabalho de ampliação de direitos continua. E não se trata simplesmente de um reconhecimento jurídico da categoria, mas da tentativa do estabelecimento de relações de classe, raça e gênero descolonizadas.

Referências

BERNARDINO-COSTA, Joaze. **Sindicatos das Trabalhadoras Domésticas no Brasil: teorias da descolonização e saberes subalternos**. Brasília: Editora UNB. 2007.

CALVER, Felipe. A evolução da legislação do trabalhador doméstico. In: CALVER, Felipe. **Trabalho doméstico: Teoria e Prática da Emenda Constitucional 72, de 2013**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.

- CARRASCO, Carmem; PETIT, Mercedes. **Mulheres Trabalhadoras e Marxismo**. São Paulo: Sundermann, 2012. p. 31. Estudos e Pesquisas. Nº 68 – Agosto de 2013. O Emprego Doméstico no Brasil. DIEESE: Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos.
- COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. O trabalho doméstico: primeiras impressões da emenda constitucional 72/13. In: COLNAGO, Lorena de Mello Rezende. **Trabalho Doméstico: Teoria e Prática da Emenda Constitucional 72, de 2013**. Curitiba: Juruá Editora, 2013.
- DIEESE. **O emprego doméstico no Brasil**. Estudos e pesquisas, nº 68, agosto de 2013. Disponível em <http://www.dieese.org.br/estudosetorial/2013/estPesq68empregoDomestico.pdf>
- DIEESE. **Pesquisa de emprego e desemprego - trabalho doméstico remunerado**. Abril de 2015. Disponível em: <http://www.dieese.org.br/analiseped/2014/2014EmpregoDomestico.pdf>
- DUSSEL, Enrique. **El Encubrimiento del Otro – Hacia el Origen del mito de la modernidad**. Plural editores. Facultad de Humanidades y Ciencias de la educación – Universidad Mayor de San Andrés, La Paz, Bolívia. 1994.
- FERNANDES, Florestan. **A integração do Negro na Sociedade de Classes**. SP: Editora Ática. (volume1). 1978.
- GIACOMINI, Sonia Maria. **Uma introdução histórica ao estudo da mulher negra no Brasil**. Petrópolis: Editora Vozes, 1988.
- KOFES, Suely. **Mulher Mulheres: identidade, diferença e desigualdade na relação entre empregadas domésticas e patroas**. Campinas: Ed. Unicamp. 2001.
- MIGNOLO, Walter. **Histórias Locais/Projetos Globais: colonialidade, saberes subalternos e pensamento liminar**. BH: Editora UFMG. 2003.
- NASCIMENTO, Abdias do. **O Quilombismo**. Brasília/Rio de Janeiro: Fundação Palmares. 2002.
- PINTO, Elisabete Aparecida. **Etnicidade, Gênero e Trajetória de Vida de Dona Laudelina de Campos Melo (1904-1991) – Volume I – Dissertação de Mestrado**. Unicamp/Faculdade de Educação. 1993. 493pp.
- PLASSAT, Xavier. Abolida a escravidão? In CERQUEIRA, Gelba Cavalcante de; FIGUEIRA, Ricardo Rezende; PRADO, Adonia Antunes; COSTA, Célia Maria Leite. **Trabalho Escravo Contemporâneo no Brasil: contribuições críticas para sua análise e denúncia**. Rio de Janeiro: Editora UFRJ, 2008.
- RIBEIRO, Darcy. **O Povo Brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.



O IMPACTO DA AGENDA LEGISLATIVA ESTADUAL NA INCLUSÃO DA SEGURANÇA E SAÚDE NO TRABALHO NO CURRÍCULO OFICIAL DE ENSINO

Dalton Tria Cusciano¹

Mauro Maia Laruccia²

Sérgio Antonio dos Santos³

RESUMO: Este artigo objetiva identificar a existência de eventuais produções legislativas propostas nas assembleias legislativas da região sudeste do Brasil atinente à inserção do tema Segurança e Saúde no trabalho na rede oficial de ensino estadual, no período de 2007 a 2015. O recorte material decorre do artigo 14 da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho, devidamente incorporada no ordenamento jurídico brasileiro, bem como a estratégia 7.1 constante do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PLANSAT). A abrangência geográfica proposta tem por supedâneo o elevado índice de acidentes de trabalho ocorridos na região sudeste do Brasil. O lapso temporal definido permite analisar 09 sessões legislativas em 03 legislaturas. A metodologia de pesquisa utilizada foi a de revisão sistemática.

Palavras-chave: Assembleia Legislativa. Ensino. Currículo Oficial. Saúde e Segurança no Trabalho.

ABSTRACT: This article aims to identify the existence of any legislative productions in the legislative assemblies of southeastern Brazil regarding the inclusion of safety and health at work in the official state education curriculum from 2007 to 2015 in face of Article 14 Convention 155 of the International Labour Organization, incorporated into the Brazilian legal system, as well as the constant 7.1 strategy of the National Safety and Health at Work Plan - PLANSAT. The proposed geographical coverage has footstool by the high rate of occupational accidents occurred in southeastern Brazil. The defined time lapse allows 09 legislative sessions analysis. The systematic review method was used.

Keywords: State Legislative Assemblies. Education. Official Curriculum. Health and Safety at Work.

¹ Doutorando em Administração Pública e Governo pela FGV/SP. Mestre e Bacharel em Direito pela FGV/SP. Servidor Público Federal (Analista em C&T) do Ministério do Trabalho e Previdência Social com lotação na Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (FUNDACENTRO). Professor Universitário e Advogado em São Paulo. E-mail: Dalton.cusciano@fundacentro.gov.br

² Doutor em Comunicação pela PUC/SP. Servidor Público Federal (Analista em C&T) do Ministério do Trabalho e Previdência Social com lotação na Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (FUNDACENTRO). Professor Universitário. E-mail: mauro.laruccia@fundacentro.gov.br

³ Mestre em Economia Política pela PUC/SP. Servidor Público Federal (Analista em C&T) do Ministério do Trabalho e Previdência Social com lotação na Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho (FUNDACENTRO). Professor Universitário. E-mail: sergio.santos@fundacentro.gov.br

1 Introdução

A forma de prevenção dos acidentes de trabalho e das doenças ocupacionais adquiridas pelo trabalhador é tema de extrema complexidade impondo necessária observância do contexto social para efetivar as políticas públicas decorrentes da atuação do Estado.

As informações extraídas do banco de dados do Ministério do Trabalho e Previdência Social, cujo supedâneo é a comunicação de acidente do trabalho (CAT), exigida de todos os empregadores em relação aos trabalhadores contratados pelo regime celetista e que sofreram doença ou acidente do trabalho indicam uma constante redução da taxa de mortalidade por acidente de trabalho, conforme se infere do seguinte gráfico:

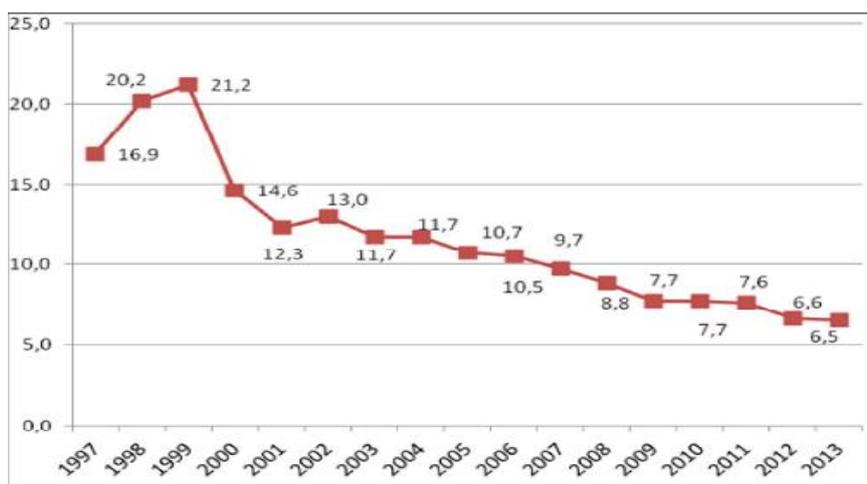


Figura 1 - Taxa de Mortalidade por Acidentes e Doenças do Trabalho, 1997-2013 (por 100 mil trabalhadores segurados)
Fonte: Dataprev; Datasus

Ocorre que não estão presentes no gráfico acima os acidentes ocorridos e as doenças profissionais adquiridas que levaram ao óbito servidores públicos federais, estaduais e municipais. Tampouco integram essas estatísticas os segurados especiais e os trabalhadores do mercado informal, cujo número vem crescendo exponencialmente ante a crise econômica que assola o país.

É certo, portanto, que há incontestável subnotificação dos acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, o que gera um número estatisticamente menor do que a realidade brasileira apresenta.

Nesse diapasão é importante noticiar o estudo formulado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no âmbito da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) que apontou 4.948.000 (quatro milhões novecentos e quarenta e oito mil) relatos de acidentes de trabalho no período de 12 (doze) meses, número este quase sete vezes maior (6,89) do que os dados sobre acidentes registrados pela Previdência, o que significa em termos percentuais, 589% a mais de acidentes, conforme relatado inclusive pelo Serviço de Estatística e Epidemiologia da Fundação Jorge Duprat Figueiredo de Segurança e Medicina do Trabalho.

Saliente-se que a Organização Internacional do Trabalho - OIT (2013) estima que 4,34 milhões de pessoas falecem anualmente em decorrência do trabalho, sendo 2,34 milhões de pessoas por acidentes de trabalho e 2 milhões por doenças relacionadas ao trabalho.

No Brasil, segundo o Anuário de Estatísticas de Acidentes do Trabalho do ano de 2013, foram notificados 717.911 acidentes e doenças relacionadas ao trabalho, dos quais 15.226, representando 2,12%, foram identificados como doenças do trabalho e 432.254, representando 60,21%, foram considerados como acidentes típicos, indicando claramente que há uma importante subnotificação relativa às doenças do trabalho, agravando a confiabilidade dos dados estatísticos que podem maquiarr situações fáticas graves.

Todavia, se utilizássemos os dados da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) teríamos para 2013 um total de 4.948.000 de pessoas acidentadas.

Na tentativa de se modificar o triste cenário dos acidentes de trabalho no Brasil, o governo federal, no biênio 2011/2012 reforçou, de forma específica, as políticas públicas na área de saúde e segurança no trabalho por meio do advento do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PLANSAT) e da Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PNSST), instituída pelo Decreto nº 7.602/2011.

O PLANSAT trouxe, como instrumento de concretização do reforço das políticas públicas planejadas pelo PNSST, a estratégia 7.1, a qual prevê a “Inclusão de Conhecimentos Básicos em Prevenção de Acidentes e SST no Currículo do Ensino Fundamental e Médio da Rede Pública e Privada”.

Entretanto, apesar de tal previsão, as Assembleias Legislativas no período estudado, não lograram êxito na alteração do currículo oficial de ensino de modo a incluir o tema da Segurança e Saúde no Trabalho, tornando simbólica e ineficaz a legislação vigente que impõe a inclusão.

Registre-se, por necessário, que até o momento a legislação brasileira, não detalha o que deve ser ensinado nas escolas, enquadrando-se a educação na competência concorrente constitucional, a qual como se sabe é repartida entre União e Estados-membros.

2 Razões normativas para inclusão da Segurança e Saúde no Trabalho no currículo da rede oficial de ensino

A norma veiculada pelo artigo 14 da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho – OIT, a qual dispõe sobre a Segurança e Saúde dos Trabalhadores e o Meio Ambiente de Trabalho, devidamente incorporada ao ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto Legislativo nº 2, de 17/3/92, do Congresso Nacional, promulgado pelo Decreto nº 1.254, de 29/9/94 estabelece que:

Artigo 14. Deverão tomar-se medidas a fim de promover, de maneira conforme as condições e à prática nacionais, a inclusão das questões de segurança, higiene e meio ambiente de trabalho em todos os níveis de ensino e de formação, incluídos os do ensino superior, técnico, médio e

profissional, com o objetivo de satisfazer as necessidades de formação de todos os trabalhadores. (BRASIL, Decreto nº 1.254 de 29 de setembro de 1994).

Apesar de a legislação estar em vigor desde o início dos anos 90, a sua efetividade, encontra-se demasiadamente prejudicada, uma vez segundo a Organização Internacional do Trabalho “na América Latina, os cursos de SST são fornecidos no âmbito de estudos especializados para médicos de saúde ocupacional, engenheiros e técnicos de segurança” (2009, p. 53).

Por seu turno, a Lei nº 9.795, de 27/04/1999, responsável pela instituição da Política Nacional de Educação Ambiental estabeleceu que a educação sobre meio ambiente do trabalho é componente curricular essencial, incumbindo, nos termos da norma veiculada pelo inciso V do artigo 3º, às empresas, entidades de classe, instituições públicas e privadas, na promoção dos programas destinados à capacitação dos trabalhadores, visando à melhoria e ao controle efetivo sobre o ambiente de trabalho, bem como sobre as repercussões do processo produtivo no meio ambiente.

Objetivando a efetiva inclusão dos temas da Segurança e Saúde do Trabalho no currículo oficial de ensino, o decreto nº 7.602, de 07/11/2011, dispôs sobre a Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, impondo um passo decisivo no processo de melhorias das condições de laboro dos trabalhadores, com impacto necessariamente na qualidade de vida e na saúde destes.

Com supedâneo na Política Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, elaborou-se o Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho, contemplando oito objetivos, nos interessando, para os fins deste artigo, o objetivo número 7, qual seja, a capacitação e Educação Continuada em Saúde e Segurança do Trabalho, objetivo este que contempla como estratégia a “inclusão de conhecimentos básicos em prevenção de acidentes e SST no currículo do ensino fundamental e médio da rede pública e privada”, assim como a “inclusão de conhecimentos básicos em SST no currículo dos programas de aprendizagem, do ensino técnico, profissionalizante e superior, assim como nos cursos para empreendedores”.

A estratégia de inclusão de conhecimentos básicos em Segurança e Saúde do Trabalho nos currículos do ensino fundamental e médio da rede pública e privada também encontra amparo legal na resolução nº7, de 14/12/2010, do Conselho Nacional de Educação/Conselho de Educação Básica, principalmente na norma veiculada pelo artigo 16, a qual estabelece:

[...]os componentes curriculares e as áreas de conhecimento devem articular em seus conteúdos, a partir das possibilidades abertas pelos seus referenciais, a abordagem de temas abrangentes e contemporâneos que afetam a vida humana em escala global, regional e local, bem como na esfera individual temas como saúde, sexualidade e gênero, vida familiar e social, assim como os direitos das crianças e adolescentes, de acordo com o estatuto da criança e do adolescente (lei nº 8.069/90), preservação do meio ambiente, nos termos da política nacional de educação ambiental (lei nº 9.795/99), educação para o consumo, educação fiscal, trabalho, ciência e tecnologia, e diversidade cultural devem permear o desenvolvimento dos conteúdos da base nacional comum e da parte diversificada do currículo. (Conselho Nacional de Educação. Resolução nº 07, de 14 de dezembro de 2010).

Nova tentativa legislativa para implementação do tema da Segurança e Saúde do Trabalho na rede oficial de ensino foi efetuada no ano de 2012 por meio do advento da lei nº 12.645 de 16 de maio de 2012, a qual instituiu a data de 10 de outubro como o “Dia Nacional da Segurança e Saúde nas Escolas”, quando se deveria se abordar, no ambiente escolar, essa temática.

Recentemente, em junho de 2014 novo reforço legislativo adveio por meio da publicação do Plano Nacional de Educação (PNE), cujo objetivo é a consolidação do Sistema Nacional de Educação para viabilizar as políticas educacionais públicas, por meio da elaboração dos planos de educação pelos Estados, Distrito Federal e Municípios em consonância com as diretrizes, metas e estratégias deste plano, no prazo de um ano contado da publicação da referida Lei.

O Plano Nacional de Educação (PNE) veiculado pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, trouxe como diretriz a formação para o trabalho e para a cidadania, o que engloba o ensino da Segurança e Saúde do Trabalho.

Percebe-se pelo exposto que há razoável arcabouço jurídico que impõe a implementação dos temas de Segurança e Saúde do Trabalho no currículo da rede oficial de ensino, cabendo-nos verificar a efetividade dessa implementação.

3 Metodologia e resultados encontrados

O recorte material orientador tem por base a estratégia 7.1 constante do Plano Nacional de Segurança e Saúde no Trabalho (PLANSAT), criado em abril de 2012 a partir do diálogo e da cooperação entre órgãos governamentais e representantes dos trabalhadores e dos empregadores, por meio do qual se prevê a necessidade de inclusão de conhecimentos básicos em prevenção de acidentes e em segurança e saúde no trabalho no currículo do nível fundamental e médio da rede pública e privada de ensino.

O tema foi escolhido em virtude dos dados, tanto da Previdência quando do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, demonstrarem que os jovens de 18 a 29 anos são os mais vitimados pelos acidentes, conforme se observa da tabela abaixo:

Tabela 01 - Distribuição de pessoas com 18 anos ou mais de idade estimadas na PNS que referiram ter sofrido acidente de trabalho nos últimos 12 meses e número de acidentes de trabalho registrados na Previdência Social, segundo faixa etária, em 2013.

Faixa Etária (anos)	PNS	%	Previdência	%	Razão
Total	4.948.000	100,00	717.911	100,00	6,89
18 a 29	1.676.000	33,87	248.689	34,64	6,74
30 a 39	1.417.000	28,64	220.061	30,65	6,44
40 a 59	1.572.000	31,77	234.579	32,68	6,70
60 anos ou mais	283.000	5,72	14.582	2,03	19,41

Fonte: IBGE (2013) e MPS (2013).

A metodologia de pesquisa utilizada foi a de revisão sistemática, realizando-se para tanto busca na base de dados das Assembleias Estaduais de São Paulo, Rio de Janeiro, Minas Gerais e Espírito Santo, da produção legislativa referente à inclusão do tema segurança no trabalho no currículo das escolas da rede oficial de ensino estadual, analisando-se o inteiro teor das proposições legislativas encontradas.

O recorte geográfico proposto e incidente sobre a região sudeste do Brasil tem por base o elevado índice de acidentes de trabalho ocorrido na região sudeste do Brasil, com um total de 390.911 (trezentos e noventa mil novecentas e onze) ocorrências, o que representa 55% do total de acidentes ocorridos em âmbito nacional (INSS, 2013).

Ademais, os dados da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS) também apontam a região sudeste do Brasil como detentora do maior número de acidentes de trabalho do país, registrando em 2013, cerca de 1.798.000 (um milhão setecentos e noventa e oito mil) acidentes de trabalho, o que corresponde a 36,5% do total.

O lapso temporal definido – marco inicial 01.01.2007 e marco final 31.12.2015 - permite analisar 09 sessões legislativas distribuídas em 03 legislaturas, fornecendo panorama da atuação do Poder Legislativo estadual na temática escolhida.

O marco inicial no ano de 2007 decorre do limite imposto pelo sistema de buscas da Assembleia do Estado do Rio de Janeiro, que permite apenas a partir desta data a busca por todas as proposições legislativas.

Assim sendo, para manter a uniformidade dos critérios de busca utilizados nas Assembleias da região Sudeste do Brasil, optou-se por ter como data inicial do recorte temporal a data de 1º de janeiro de 2007.

Além disso, o início das buscas em janeiro de 2007 permite verificar se houve alguma reação das Assembleias Estaduais a Convenção nº 187 da Organização Internacional do Trabalho (OIT), aprovada em junho de 2006 e que estabeleceu um marco promocional sobre saúde e segurança no trabalho visando o desenvolvimento da cultura preventiva de saúde e segurança, nas agendas nacionais por meio da implementação de medidas preventivas, como a educação.

a) Resultados para a Assembleia Legislativa do Estado de São Paulo

Na Assembleia Legislativa do estado de São Paulo, utilizou-se a base de dados referente às proposituras, o que engloba projetos de lei, leis, moções de apoio, pareceres, intenções, dentre outras manifestações legislativas possíveis. As 05 (cinco) palavras chaves utilizadas foram respectivamente “saúde, ensino”, “segurança ensino”, “saúde, segurança, trabalhador”, “segurança trabalho”, “saúde trabalho”.

O primeiro termo utilizado, qual seja, "saúde, ensino" trouxe 19 (dezenove) resultados⁴, nenhum correspondente diretamente ao tema ora pesquisado.

A segunda expressão buscada trouxe 03 (três) resultados sem qualquer correspondência direta com o tema pesquisado.

A terceira locução qual seja, "saúde, segurança, trabalhador" resultou em 03 (três) resultados encontrados, abordando o tema da saúde e segurança no trabalho, mas não o seu ensino e/ou inclusão no currículo oficial.

Os resultados encontrados mais atinentes ao tema pela terceira locução, ainda que indiretamente, referem-se à instituição pela Lei nº 14.818/2012 do "Dia Estadual do Engenheiro de Segurança do Trabalho, a ser comemorado anualmente no dia 27 de julho", o Parecer nº 1813/2007 que visa à regulamentação da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes - CIPA, no âmbito da administração direta, das autarquias e das fundações instituídas ou mantidas pelo Poder Público, assim como, nos órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, e a Indicação nº 335/2015 que pugna pela elaboração de estudos e a adoção das providências cabíveis, a fim de que as Normas Regulamentadoras de Segurança e Saúde no Trabalho sejam obrigatoriamente aplicáveis aos ambientes de trabalho dos servidores públicos civis do Estado.

O quarto termo utilizado trouxe 105 (cento e cinco) resultados, dos quais 04 (quatro) são diretamente relacionados ao tema pesquisado. O primeiro é o projeto de lei nº 542, de 23 de junho de 2010, o qual prevê a inclusão de noções acerca de segurança do trabalho no currículo da rede oficial de ensino do Estado.

O projeto é assinado pelo Deputado Estadual Roberto Felício, do Partido dos Trabalhadores (PT) e tem por supedâneo a sugestão apresentada pela Comissão Municipal de Prevenção aos Acidentes de Trabalho e Doenças relacionadas ao Trabalho (Comprese) de Piracicaba, a qual, segundo o deputado "expressa legítima e pertinente preocupação com relação à questão de segurança do trabalho".

Ainda segundo a justificativa apresentada, a parcela que mais sofre com os acidentes de trabalho é composta por jovens, talvez por conta da inexperiência, o que poderia ser minimizado caso esses fossem alertados sobre os riscos a que estarão expostos no ambiente de trabalho, razão pela qual o tratamento do tema deveria ocorrer no período escolar, por ser a fase imediatamente anterior ao ingresso no mercado de trabalho.

De acordo com o projeto, o tema será tratado de forma transversal competindo a cada matéria abordá-lo sob a ótica de sua área de conhecimento, contendo a abordagem necessariamente das

⁴ Dentre os resultados encontrados temos o Projeto de lei 825/2008, o qual obriga os estabelecimentos de ensino, a notificar as autoridades competentes dos casos de violência contra os seus alunos e a Lei nº 12907/2008 que consolida legislação relativa à pessoa portadora de deficiência.

temáticas dos equipamentos de proteção individuais e coletivos, dos agentes nocivos e condutas de risco, das lesões por esforços repetitivos e distúrbios osteomusculares relacionados ao trabalho, da ergonomia, da comissão interna de prevenção de acidentes e da comunicação de acidente de trabalho.

O projeto recebeu 03 (três) pareceres favoráveis, sendo o primeiro de autoria do Deputado Estadual José Augusto, da Comissão de Constituição e Justiça (CCJ), no qual não se vislumbrou nenhum óbice de natureza legal ou jurídica (Parecer 761/2015).

O segundo parecer favorável foi elaborado pelo Deputado Estadual João Paulo Rillo, da Comissão de Educação e Cultura, no qual se argumentou acerca da benfeitoria que é a inclusão do tema “segurança do trabalho” no currículo das escolas da rede oficial de ensino, por tratar de assunto de maior importância, relativo à saúde, diretamente a quem mais deve se interessar por ele, os futuros profissionais (Parecer 762/2015).

O parecer ainda reforça a crença no desenvolvimento de uma consciência própria voltada para a preservação da integridade física, independentemente da ocupação ou área de trabalho, uma vez que a saúde é um direito indisponível e fundamental de todo ser humano.

O terceiro e último parecer foi elaborado pelo Deputado Léo Oliveira, da Comissão de Finanças, Orçamento e Planejamento, no qual não se vislumbrou nenhum óbice quanto ao aspecto financeiro-orçamentário (Parecer 763/2015).

O projeto encontra-se desde 14/08/2015 aguardando ser posto em pauta para votação.

A quinta expressão buscada trouxe 82 (oitenta e dois) resultados⁵ sem qualquer correspondência direta com o tema pesquisado.

b) Resultados para a Assembleia Legislativa do Estado de Minas Gerais

Na Assembleia Legislativa de Minas Gerais, tivemos para o primeiro termo utilizado, o retorno de 212 (duzentas e doze) manifestações assembleares, dos quais 07 (sete) tinham direta relação com o tema ora analisado.

O primeiro resultado encontrado relacionado à pesquisa foi o projeto de lei 2346/2015, de autoria do Deputado Fred Costa do Partido Ecológico Nacional (PEN), o qual encontra-se arquivado ante o pedido do próprio autor, e pelo qual se pretendia criar o Programa Permanente de Saúde e Segurança Escolar, pelo qual se instalaria a Comissão Interna de Saúde, Prevenção de Acidentes e de Violência Escolar (Cispave), nas escolas públicas do Estado, ente responsável por promover programas de desenvolvimento da saúde e de prevenção de acidentes e da violência na comunidade escolar.

⁵ Dentre os resultados encontrados temos o Projeto de lei 909/2013, o qual estabelece o limite máximo para o trajeto a ser percorrido pelos carteiros pedestres no âmbito do Estado.

O supedâneo de tal projeto decorre do pressuposto de que cabe a escola promover a educação e a construção da cidadania. Sendo assim, a congregação de profissionais de saúde, educação, pais, alunos e membros da comunidade, permite desenvolver atividades que assegurem o bem-estar e a dignidade individual e coletiva, consolidando a democracia.

A tentativa de criação da Comissão Interna de Saúde, Prevenção de Acidentes e de Violência Escola (Cispave) já havia ocorrido em 2011, por meio do projeto de lei 1757/2011, de autoria da Deputada Liza Prado do Partido Socialista Brasileiro (PSB), contudo, sem ter obtido sucesso, ante o arquivamento do projeto a época.

Outro resultado encontrado refere-se ao projeto de lei 1791/2015, também de autoria do Deputado Fred Costa do Partido Ecológico Nacional (PEN), o qual institui as diretrizes estaduais da educação para a saúde no âmbito da rede estadual de ensino, encontrando-se anexada ao projeto de lei 1477/2015 de autoria do Deputado Carlos Pimenta do Partido Democrata Trabalhista (PDT), que dispõe sobre a criação do Programa Saúde na Escola no âmbito da rede estadual de ensino.

Tanto o projeto de lei 1791/2015 quanto o projeto de lei 1477/2015 pretendem garantir ao educando o acesso a informações básicas a respeito de métodos preventivos nas áreas médica, odontológica, ambiental, de saneamento, de doenças transmissíveis e outras, abrangendo a higiene e saúde do ambiente profissional.

Tais projetos tampouco são novos, pois tanto em 2007 quanto em 2011, o próprio Deputado Carlos Pimenta do Partido Democrata Trabalhista (PDT) havia proposto idênticos projetos, os quais se encontram sob os números 288/2007 e 793/2011.

O requerimento 1582/2007, pelo qual a Comissão de Direitos Humanos da Assembleia Legislativa apela à secretária de educação e ao Conselho Estadual de Educação com vistas a que seja abordado nas escolas públicas e particulares do estado o tema transversal "saúde e segurança no trabalho", com ênfase no setor da construção civil.

A segunda expressão buscada trouxe 141 (cento e quarenta e um) resultados abordando o tema da saúde e segurança no trabalho, mas não o seu ensino e/ou inclusão no currículo oficial.

A terceira locução qual seja, "saúde, segurança, trabalhador" resultou em 14 (catorze) resultados encontrados, sem qualquer correspondência direta com o tema pesquisado.

O quarto termo utilizado trouxe 266 (duzentos e sessenta e seis) resultados, dos quais 02 (dois) deles apresentavam correspondência com o tema pesquisado. Contudo, o segundo resultado referia-se ao requerimento 1582/2007, o qual já havia aparecido quando da utilização do primeiro termo de pesquisa, razão pela qual foi excluído.

O requerimento 6178/2010 encontrado foi formulado pela Comissão de Direitos Humanos que apelou ao Conselho Estadual de Educação para que adote providências com vistas à discussão do tema "saúde e segurança do trabalho" nas escolas públicas e particulares.

A quinta expressão buscada trouxe 267 (duzentos e sessenta e sete) resultados, sem qualquer correspondência direta com o tema pesquisado.

c) Resultados para a Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo

O sistema de pesquisa disponibilizado pela Assembleia Legislativa do Estado do Espírito Santo permitiu a utilização de apenas uma palavra por vez e por ano, o que gerou 557 (quinhentos e cinquenta e sete) resultados para o termo saúde, 653 (seiscentos e cinquenta e três) resultados para o termo ensino, 266 (duzentos e sessenta e seis) resultados para a palavra segurança e 205 (duzentos e cinco) resultados para os termos trabalho/trabalhador.

Todos os resultados foram cruzados de modo a se excluir alguma repetição e lidos de maneira a se confirmar sua relação com o tema ora pesquisado, resultando em apenas 02 (duas) manifestações legislativas relacionadas à pesquisa.

A primeira manifestação refere-se à indicação sob nº 69/2010 formulada pela Deputada Luzia Toledo do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) em 11/03/2010, pela qual apela ao Governador do Estado, para que inclua na grade curricular do ensino fundamental do Estado do Espírito Santo a disciplina Segurança, encontrando-se tal indicação arquivada.

A segunda manifestação versa acerca do projeto de lei nº 170/2010 pela qual o Deputado Luciano Pereira do Partido Democratas (DEM) em 31/05/2010 propõe incluir no currículo das escolas estaduais localizadas na zona rural matéria voltada para a orientação relativa ao manuseio de agrotóxicos e similares, visando à proteção da saúde e da segurança das crianças e adolescentes na zona rural.

O projeto foi arquivado em 24/08/2010 não sendo disponibilizado o motivo do arquivamento.

d) Resultados para a Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro

Na Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro, o sistema de busca permite a busca por quadriênios, com início no ano de 2007 e finalização no ano de 2011, início de 2011 e finalização em 2015 e início de 2015 e finalização em 2019.

Assim para o quadriênio 2007/2011 tivemos para o primeiro termo utilizado, os retornos dos projetos de leis nº 34/2007, 235/2007, 407/2007 e 650/2007.

O projeto de lei nº 34/2007 de autoria do Deputado Paulo Ramos do Partido Democrata Trabalhista (PDT) proposto em 01/02/2007 tornou-se a Lei nº 5.417/2009, a qual prevê a inclusão no currículo das unidades escolares estaduais de ensino fundamental localizadas na zona rural, matéria

voltada para a orientação relativa ao manuseio de agrotóxicos e similares visando à proteção da saúde e da segurança das crianças e adolescentes.

Já o projeto de lei 407/2007 de autoria da Deputada Renata do Posto, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), proposto em 08/05/2007 foi posteriormente anexado ao projeto de lei nº 235/2007, este proposto em 21/03/2007, pelo Deputado Alessandro Molon, do Partido dos Trabalhadores (PT), o qual se encontra arquivado. Ambos os projetos preveem a obrigatoriedade dos estabelecimentos de ensino do Estado do Rio de Janeiro criarem as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes e de Violência (CIPAV), instância responsável para o desenvolvimento de programas relacionados a ações de saúde preventiva a serem inseridos nas escolas e comunidade.

Por seu turno, o projeto de lei 650/2007, de autoria do Deputado Atila Nunes, do Partido Democratas (DEM), foi proposto em 27/06/2007, tendo-se tornando a lei 5.482/2009, pela qual se criou nas escolas de ensino médio da rede pública estadual as Comissões Internas de Prevenção de Acidentes (CIPAs), visando a conscientização de alunos, professores e funcionários acerca de doenças modernas que a cada dia acometem mais a sociedade, como é o caso do estresse, posturas erradas, excesso de peso das mochilas, móveis e instalações inadequados.

No que tange ao quadriênio 2011/2015 o primeiro termo de busca gerou 03 (três) resultados. O primeiro foi o projeto de lei nº 1213/2012, de autoria do Deputado Átila Nunes, do Partido Social Liberal (PSL) e proposto em 01/02/2011, pelo qual se institui o Programa “Saúde na Escola” na rede pública de ensino, o qual dentre outras ações conterá orientação e palestras sobre temas relevantes para a saúde pública, o que engloba a saúde no trabalho.

O supramencionado projeto de lei tornou-se a Lei nº 6443/2013, que estipulou prazo de 02 (dois) anos para regulamentação dos atos necessários a execução do programa.

O segundo projeto de lei encontrado foi o de nº 2654/2013, e atualmente arquivado cuja autoria é do Deputado Carlinhos Moutinho, do Partido Trabalhista Brasileiro (PTB), foi proposto em 03/12/2013 e recomendava a criação nas escolas de um programa de treinamento de prevenção e preparo para situações emergenciais, o qual deverá conter divulgação de noções de biossegurança para a prevenção de acidentes laboratoriais.

O projeto ainda previa a criação de uma Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) em cada unidade escolar.

A justificativa do projeto recai sobre a crença de que não há lugar melhor que a escola para a disseminação dos conhecimentos fundamentais acerca da prevenção de acidentes laborais, que visam à preservação da vida e a prevenção de acidentes.

O terceiro projeto encontrado é o projeto 313/2011, ao qual o projeto 2654/2013 foi anexado, sendo que, posteriormente o próprio projeto de lei nº 313/2011 de autoria do Deputado Marcio Pacheco, do Partido Social Cristão (PSC) foi arquivado.

O quarto projeto encontrado na busca é o de nº 1791/2012, de autoria do Deputado Roberto Dinamite, do Partido do Movimento Democrático Nacional (PMDB) foi proposto em 23/10/2012, pelo qual torna obrigatório o ensino de disciplina sobre Prevenção contra acidentes domésticos e na escola (Precade).

De acordo com tal projeto as instituições de ensino deverão promover pelo menos duas vezes ao ano atividades como seminários, semanas de prevenção, que possibilitem a realização de encontros com a comissão de prevenção contra acidentes domésticos e na escola (Precade) e com a Comissão interna de prevenção de acidentes e violência escolar (Cipave).

A justificativa do projeto recai na crença de que a minimização dos índices de acidentes por meio da educação é possível, permitindo o desenvolvimento uma consciência prevencionista, eficaz e capaz de intervir nos índices existentes de acidentes no lar, na escola, no lazer, no trânsito e mais tarde no ambiente de trabalho.

O projeto permanece em andamento, e se encontrava em 11/11/2015 na Comissão de Orçamento, Finanças, Fiscalização Financeira e Controle.

Já quanto ao termo de pesquisa “segurança e ensino” no primeiro quadriênio foram encontrados os projetos de lei nº 1710/2008 e 2051/2009 tendo-se desconsiderado os projetos 235/2007, 407/2007 e 650/2007 por já terem sido identificados quando da utilização do primeiro termo.

O projeto de lei nº 1710/2008 de autoria do Deputado Jorge Moreira Theodoro (Deputado Dica), do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) e proposto em 14/08/2008 previa a criação da semana de segurança e saúde nas escolas estaduais, visando reduzir o alto índice de acidentes envolvendo menores e a conscientização dos pais e alunos, transmitindo-lhes noções de prevenção contra acidentes e cuidados com a saúde. O projeto foi arquivado em 21/10/2014 e desarquivado 11/02/2015.

O segundo projeto identificado foi elaborado pela Deputada Aparecida Gama, do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB), encontrando-se arquivado, e que propunha a inclusão de matérias indispensáveis à complementação profissional do aluno nos cursos técnicos profissionalizantes da rede estadual de ensino, especificamente as disciplinas de Segurança do Trabalho e primeiros socorros, prevenção e combate ao incêndio, espaço confinado e Curso Básico de Sobrevivência em Plataforma (CBSP) - Salvatagem.

Já no quadriênio 2011/2015 nenhum resultado novo foi encontrado, tendo-se desconsiderado os projetos 1791/2012 e 2654/2013 por já terem sido identificados quando da utilização do primeiro termo.

No que se refere à terceira expressão de busca utilizada para o quadriênio 2007/2011, tivemos como resultado o projeto de lei nº 2771/2009, elaborado pelo Deputado Alcebiades Sabino dos Santos, do Partido Social Cristão (PSC) na data de 01/12/2009 e pelo qual se instituiu no período de 2010 a 2020, a década de ações para saúde e segurança nos ambientes de trabalho no estado do Rio de Janeiro. O projeto apresenta como justificativa a Convenção 187 da Organização Internacional do Trabalho que estabeleceu um marco promocional sobre saúde e segurança no trabalho e o elevado número de acidentes sofridos por obreiros brasileiros.

Referido projeto tornou-se a Lei 5.806/2010, a qual prevê inclusive a obrigatoriedade da publicação de balanços, referente ao ano anterior, que contemple o registro quantitativo e qualitativo de todas as iniciativas e ações desenvolvidas para promover a melhora na saúde e segurança no ambiente de trabalho e de prevenção de acidentes e doenças ocupacionais.

Os demais resultados⁶ foram desconsiderados por já terem sido identificados quando da utilização do primeiro termo.

No quadriênio 2011/2015 não foram identificados resultados compatíveis com o tema pesquisado.

O quarto critério identificador utilizado para os quadriênios 2007/2011 e 2011/2015 não trouxe resultados novos, tendo os demais sido excluídos por já terem ocorrido à identificação anteriormente.

O quinto termo de busca para os quadriênios 2007/2011 e 2011/2015 tampouco trouxeram resultados novos, tendo os demais sido excluídos por já ter ocorrido à identificação anteriormente.

4 Análise dos resultados encontrados

Ao todo foram encontradas 25 (vinte e cinco) manifestações legislativas nas Assembleias Legislativas da região sudeste do Brasil acerca da inclusão do Segurança e Saúde no trabalho no currículo da rede oficial de ensino estadual, no período de 2007 a 2015, manifestações estas que compreendem desde indicações e requerimentos até projetos de leis.

O Estado com o maior número de manifestações legislativas acerca do tema pesquisado foi o Rio de Janeiro, com 11 (onze), seguido por Minas Gerais com 8 (oito), São Paulo com 4 (quatro) e Espírito Santo com apenas 02 manifestações.

Tal resultado demonstra que não há necessariamente correlação entre o número de deputados estaduais e o número de manifestações formuladas, pois Estados com menor quantitativo de deputados (Rio de Janeiro e Minas Gerais) foram mais propositivos do que estados com maior número de deputados (São Paulo).

⁶ Projeto de Lei nº 1710/2008, Projeto de Lei nº 407/2007 e o Projeto de Lei nº 650/2007.

Registre-se que o número de resultados encontrados decorre da opção metodológica adotada de considerar as manifestações legislativas que apesar de não determinarem de forma oficial a inclusão na grade curricular da disciplina de Saúde e Segurança no Trabalho (SST) previram de alguma forma, seu ensino para os alunos, ainda que por outros atores, como a Comissão Interna de Prevenção de Acidentes (CIPA) ou a Comissão Interna de Saúde, Prevenção de Acidentes e de Violência Escolar (Cispave).

É interessante notar que dentre todos os resultados identificados apenas 01 (um), o projeto de lei nº 2771/2009 fez referência a normas advindas da Organização Internacional do Trabalho (OIT), especificamente a Convenção OIT nº 187, sendo que todas as manifestações se olvidaram de mencionar a legislação federal existente sobre o tema, assim como a existência da Convenção 155 da Organização Internacional do Trabalho.

As outras manifestações como, por exemplo, o projeto de lei nº 542, de 23 de junho de 2010, o qual prevê a inclusão de noções acerca de segurança do trabalho no currículo da rede oficial de ensino do Estado não faz qualquer menção a todo o arcabouço jurídico demonstrado no decorrer deste trabalho e aos elevados índices de acidentalidade apresentados tanto pelo Instituto Nacional de Segurança Social (INSS) quanto pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) no âmbito da Pesquisa Nacional de Saúde (PNS), informações estas que por si só já justificariam qualquer projeto de inclusão da temática no currículo oficial de ensino.

O projeto mencionado tem por supedâneo apenas sugestão apresentada pela Comissão Municipal de Prevenção aos Acidentes de Trabalho e Doenças relacionadas ao Trabalho (Comprese) de Piracicaba, a qual, segundo a justificativa apresentada “expressa legítima e pertinente preocupação com relação à questão de segurança do trabalho”.

Tal fato demonstra tanto uma dissintonia entre os entes federativos e a legislação federal vigente quanto o desconhecimento dos dados acerca da acidentalidade que assola o país e as normas internacionais ratificadas por esse que lhes são cogentes.

Os partidos com o maior número de manifestações acerca do tema pesquisado foram o Partido do Movimento Democrático Nacional (PMDB) e o Partido Democrata Trabalhista (PDT), ambos com 04 (quatro), seguido pelo Partido Ecológico Nacional (PEN), Partido Democratas (DEM), Partido Social Cristão (PSC), Partido dos Trabalhadores (PT) e Partido Trabalhista Brasileiro (PTB) todos esses com 02 (manifestações) cada.

O Partido Socialista Brasileiro (PSB) e o Partido Social Liberal (PSL) tiveram uma manifestação cada.

Duas manifestações foram formuladas por Comissões de Direitos Humanos das Assembleias Legislativas, sendo, portanto, suprapartidárias, enquanto outras 03 (três) manifestações foram atos administrativos consubstanciados na forma de pareceres, razão pela qual foram considerados no

cômputo total por sua relação indireta com o tema analisado, todavia, dada a incidência indireta não se indicou o partido emissor.

Tal quadro demonstra uma atuação difusa dos partidos políticos na seara analisada, sem necessariamente existir uma correlação entre o Ministério que o partido ocupa no âmbito federal e seu protagonismo legiferante no âmbito estadual, uma vez que no período analisado (2007/2015), o Partido Democrata Trabalhista (PDT) ocupou o Ministério do Trabalho e Emprego enquanto o Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Republicano da Ordem Social (PROS) ocuparam o Ministério da Educação.

De todas as manifestações identificadas apenas 04 (quatro) foram formuladas por Deputadas, indicando claramente predomínio de gênero masculino na proposição do tema, o que decorre provavelmente do domínio no Poder Legislativo desse gênero.

Percebeu-se também pelos dados extraídos que inúmeros projetos são reapresentados a cada nova legislatura seja pelo próprio deputado autor reeleito, seja por deputados distintos, o que pode ter como causa uma morosidade excessiva do Poder Legislativo Estadual na apreciação dos projetos e/ou o excesso de trabalho e a necessária ponderação que podem inviabilizar um trâmite mais célere.

Nesse sentido, tanto o projeto de lei 1791/2015 quanto o projeto de lei 1477/2015 já haviam sido propostos em legislaturas anteriores, especificamente nos anos de 2007 (288/2007) e 2011 (793/2011) enquanto outros como o projeto 1791/2012 proposto em 23/10/2012 permanecem em andamento até o fechamento deste artigo, passados mais de 40 (quarenta) meses.

5 Conclusão

O arcabouço legislativo federal existente consistente em 07 (sete) normas emanadas no âmbito federal e as 2 (duas) Convenções Internacionais até o momento do fechamento deste artigo não foram suficientes para incluir a temática da Segurança e Saúde no Trabalho no currículo oficial de ensino público, demonstrando de forma clara a função hipertrófica e simbólica do modelo legislativo brasileiro.

Como bem aponta Marcelo Neves, a “questão da legislação simbólica está usualmente relacionada com a distinção entre variáveis instrumentais, expressivas e simbólicas no âmbito das ciências sociais”, uma vez que “as funções instrumentais implicariam uma relação de meio/fim, a tentativa consciente de alcançar resultados objetivos mediante a ação” (NEVES, 1993).

O termo “simbólico” ora utilizado visa revelar a predominância da função político-valorativa sobre a função jurídico-instrumental, ou seja, as normas decorrentes da atividade legiferante integram à realidade normativo-jurídica, todavia, sua função primordial é a política, quedando-se subjulgada a referência deontico-jurídica e, portanto, há um déficit de concreção normativa.

Ao utilizarmos a classificação proposta por Harold Kindermann acerca da legislação simbólica, veremos que esta possui três desideratos, quais sejam, a confirmação de valores sociais; o adiamento de solução de conflitos sociais por meio de conflitos dilatórios; e a demonstração da capacidade de ação do Estado (KINDERMANN 1989).

Claro está que o primeiro objetivo da legislação simbólica foi alcançado por meio da normatização da inclusão da Saúde e Segurança no Trabalho no currículo oficial de ensino, uma vez que os valores lá contidos possuem amparo legal, confirmando os valores e ideias defendidos por determinado grupo social. Todavia, após a produção legiferante e o reconhecimento dos valores, relegou-se a eficácia normativa a outrem, não se cobrando qualquer atuação.

Outra forma de compreensão da legislação simbólica decorre da teoria da ação comunicativa proposta por Habermas.

Com supedâneo na supramencionada teoria tem-se que o sentido manifesto da atividade legiferante e o da linguagem legal (normativo-jurídico) encobrem o seu sentido oculto (político-ideológico) (NEVES, 2007).

Assim sendo o discurso dos atores políticos é intencionalmente insincero, ou nos dizeres de Marcelo Neves um “agir ocultamente estratégico” (2007, p.119) não almejando a concretização efetiva dos anseios sociais e/ou à regulação de atos e condutas, mas sim e tão somente a confirmação de valores sociais, de modo a majorar a confiança do povo no Estado que dignamente se preocupa com os anseios sociais, ludibriando o povo que tem a lei, mas não seus efeitos e garantias.

Todavia, faz-se necessário notar que a problemática referente à atuação legiferante simbólica não se resume apenas à carência de eficácia normativa, mas também a sua característica de ser normativamente ineficaz, sobressaindo-se a incapacidade de direção normativa das condutas e a impossibilidade fática de alteração social, postergando-se no tempo malefícios que a muito poderiam ter sido eliminados e/ou reduzidos.

Por tais razões, claro está que o instrumento de concretização do reforço das políticas públicas planejadas pelo PNSST especificamente a estratégia 7.1, a qual prevê a “Inclusão de Conhecimentos Básicos em Prevenção de Acidentes e SST no Currículo do Ensino Fundamental e Médio da Rede Pública e Privada” tornou-se apenas simbólico na região Sudeste no Brasil, assim como todo o arcabouço jurídico federal e internacional – ratificado e internalizado - acerca do tema, pondo o Brasil em condições de censura internacional e mantendo um quadro fático de crescente aumento no número acidentes e adoecimentos relacionados ao trabalho decorrentes da pura e simples ausência de informação, cujos custos, do ponto de vista humano são por vezes irreparáveis, e pelo prisma da gestão pública contribui para o aumento dos gastos com indenizações e pagamento de benefícios, além das perdas no produto nacional.

Referências

- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 02**, de 17 de março de 1992. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/DetalhaDocumento.action?id=136301>>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- BRASIL. **Decreto Legislativo nº 1.254**, de 29 de setembro de 1994. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D1254.htm>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- BRASIL. **Lei nº 9.795**, de 27 de abril de 1999. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- BRASIL. **Decreto nº 7.602**, de 07 de novembro de 2011. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011.../2011/Decreto/D7602.htm>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- BRASIL. **Lei nº 12.645**, de 16 de maio de 2012. Disponível em: <legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/lei%2012.645-2012>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- BRASIL. **Lei nº 13.005**, de 25 de junho de 2014. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2014/lei/l13005.htm>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- BRASIL, MINISTERIO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL. **Anuário Estatístico da Previdência Social, 2013**. Disponível em <<http://www.previdencia.gov.br/estatisticas/aeps-2013-anuario-estatistico-daprevidencia-social-2013/>>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- CONSELHO NACIONAL DE EDUCAÇÃO. **Resolução nº 07**, de 14 de dezembro de 2010. Disponível em <portal.mec.gov.br/dmdocuments/rceb007_10.pdf>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios-2013**. Disponível em: <www.ibge.gov.br>. Acesso em: 03 fev., 2016.
- KINDERMANN, 1989 *apud* NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007, p.33.
- NEVES, Marcelo. **A constitucionalização simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.
- NEVES, Marcelo **Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil**. São Paulo: Martins Fontes, 2008.
- NEVES, Marcelo **Do pluralismo jurídico à miscelânea social: o problema da falta da(s) esfera(s) da juridicidade na modernidade periférica e suas implicações na América Latina**. Trabalho apresentado do II Encontro Internacional de Direito Alternativo, realizado em Florianópolis, SC, 29 de setembro de 1993.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Conferência Internacional do Trabalho. **Convenção 155**. Brasília, DF: Ministério do Trabalho e Previdência Social. Disponível em: <http://www.mte.gov.br/legislacao/convencoes/cv_155.asp>. Acesso em 03 fev., 2016.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. 98th Sessão, 2009. Report III (Part 1B). **General Survey concerning the Occupational Safety and Health Convention, 1981 (n. 155), the Occupational Safety and Health Recommendation, 1981 (n. 164), and the Protocol of 2002 to the Occupational Safety and Health Convention, 1981**. Disponível em: <http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_103485.pdf>. Acesso em: 03 fev., 2016.



the PL 4330/2004, allowing, first, the solidarity of the borrowing company (contractor), against the default of wage and pension funds, silent as to the requirement of personhood in the provision of outsourced employee services, changes the axis of union representation, which outsourced employees will be represented by the category of borrower services company, possibility of changing the service provider and the succession of contracts held with employees and the ban for two years of the citizen to be a member of the contractor in new process outsourcing in the case of former employer, the use of the institute to the activity business end, including subcontracting, and thus bringing various harmful consequences to workers, such as the drastic salary reduction, the institute equal pay, the weakening of the conventions and collective agreements, unions, the inclusion of carrier employee deficiency, the imminent increase of fraud to the labor legislation, the threat of harm to workers' health, the consequent reduction in social security contributions, and well thus manifest injury to fundamental rights and constitutional guarantees.

Keywords: Outsourcing. Fundamental right. Social Security. Deregulation. Neoliberalism.

1 Introdução

É assente nos dias que vivemos em nosso país um forte movimento pela flexibilização da mão de obra. Direitos sociais, trabalhistas e previdenciários conquistados árdua e paulatinamente, estão ameaçados pela política neoliberal com a possibilidade de desregulamentação.

Com efeito, garantias sociais, após décadas de luta por suas conquistas vêm, passo a passo, sendo postas em cheque diante da pressão de um novo sistema econômico que germina na órbita internacional, ávido a encontrar mercados de modo a se instalar de forma perene e em total contraponto, fazer menoscabo dos direitos e garantias sociais e fundamentais dos trabalhadores.

Falamos, bem assim, dos efeitos do neoliberalismo econômico, causado pelo advento da globalização, o qual expressa a vocação expansionista do capitalismo, tendo como bandeira a liberdade absoluta do sistema para implementar ações sem interferências externas, salvo aquelas indispensáveis para reforçar o seu próprio poder.

Assim, é neste contexto alarmante que se apresenta o Projeto de Lei nº 4330/2004 (PL 4330/2004), cujos ditames abrem, em berço esplêndido, uma discussão polêmica quanto à sua aplicabilidade, máxime por ferir diversos direitos fundamentais dos trabalhadores, com destaque ao direito à previdência social.

2 Uma breve digressão histórica: do liberalismo ao neoliberalismo econômico

É consenso entre os estudiosos, que o termo “neoliberalismo” consiste na retomada dos valores preconizados pelo liberalismo econômico, cuja pedra fundamental foi erigida no século XVII, graças às

teses defendidas pelo filósofo John Locke, e no século seguinte, pelo filósofo e economista Adam Smith, cujas premissas são a liberdade econômica (livre mercado), a defesa da propriedade privada, e a mínima participação do Estado, entretanto, com igualdade perante a lei.

A Revolução Industrial, ocorrida na Inglaterra, obedeceu estritamente a estes matizes filosóficos, o que perdurou até a grande crise mundial, com a queda da bolsa de Nova Iorque, em 1929, quando, então, este modelo foi repensado.

Doravante, o Estado passou a reassumir as suas funções enquanto ente regulador e regulamentador das relações econômicas, sobretudo preocupado com as questões sociais, e os perfis de renda e classe dentro da vida em sociedade.

Todo este movimento foi denominado por diversos estudiosos, a exemplo do economista inglês John Maynard Keynes, de *Welfare State* (Estado do Bem-Estar Social), cujas ideias se espalharam por toda Europa, reconstruindo, bem assim, o modelo democrático vivido entre as nações, trazia em seu bojo políticas de realinhamento das desigualdades sociais, custeadas por um sistema tributário progressivo, o que foi muito bem recebido nos países praticantes da social democracia, a exemplo dos que compõem os Estados Escandinavos, como a Dinamarca, Finlândia, Islândia, Noruega e Suécia.

Entretanto, após a queda do muro de Berlim e o fim do socialismo na Europa, houve a formação dos blocos econômicos e os chefes de Estado passaram a idealizar novas políticas de forma a conceber a nova ordem mundial, quando então passaram a introduzir, em suas diretrizes governamentais, as premissas que vinham sendo gestadas, desde 1970, pelos economistas Friedrich A. Hayek e Milton Friedman, da Escola Monetarista, de forma a dar novos rumos aos mercados econômicos das nações, dinamizando a máquina estatal. (BEER, 2006)

Em assim sendo, foi no Consenso de Washington, em novembro de 1989, formado por economistas de instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial, fundamentadas num texto do economista John Williamson, do *International Institute for Economy*, que desaguou na política oficial do FMI em 1990 e bem assim, foi definido o ajustamento macroeconômico dos países em desenvolvimento que passavam por dificuldades. (BEER, 2006)

Nasceu, oficialmente, o neoliberalismo econômico, como uma das facetas do capitalismo, pelo que se passou, doravante, a ditarem-se as diretrizes do mercado mundial, cujas premissas essenciais são, dentre outras: a mínima participação estatal nos rumos da economia de um país; a política de privatização de empresas estatais; a livre circulação de capitais internacionais e ênfase na globalização; a abertura da economia para a entrada de multinacionais; a posição contrária aos impostos e tributos excessivos; o aumento da produção, como objetivo básico para atingir o desenvolvimento econômico; a base da economia deve ser formada por empresas privadas; a defesa dos princípios econômicos do capitalismo; a flexibilização das leis trabalhistas, com o intuito de propiciar a

contratação de mão de obra mais barata e aumentar o lucro das empresas. Eis a força impulsionadora do capitalismo: o lucro. (CATANI, 1992, p. 48)

Estes, pois, os reais motivos pelos quais serviram de pano de fundo à propositura do Projeto de Lei 4330/2004, cuja análise passar-se-á a fazer com mais primazia.

3 Da terceirização

A palavra “terceirização” advém do termo inglês *outsourcing*³, que, literalmente, significa “fornecimento vindo de fora”. Atualmente, não obstante a sua franca atividade em nosso país, ainda carece de legislação específica que a regule, o que busca fazer-lo o Projeto de Lei nº 4330/2004, de autoria do Deputado Sandro Mabel.

Classicamente, a terceirização consiste na possibilidade de se contratar um terceiro, através de uma empresa criada para esta finalidade, na realização das atividades que geralmente não constituem o objeto principal da empresa, tanto na produção de bens como serviços, tal como assente nos serviços de limpeza, vigilância e temporários, que agregam à atividade-meio da contratante, em caráter de complementariedade, cujo objetivo comum é o de imprimir qualidade dos serviços no mercado, com a redução de custos (que se tornam variáveis, máxime os trabalhistas e previdenciários), agilidade, competitividade no mercado e melhor aproveitamento do processo produtivo, com a transferência do capital para investimento em tecnologia, desenvolvimento estrutural e na concepção de novos produtos. (MARTINS. 2010, p. 10-11).

Aduz Viana (2010) que a “terceirização não é apenas uma forma de reduzir custos ou especializar a produção, mas um modo que a grande empresa encontrou para enfrentar a perda da flexibilidade que o sistema anterior lhe garantia”.

Nesse diapasão, Delgado (2007, p. 45), entende que a terceirização consiste de “fórmula de gestão social, que tem tido grande impacto na redução dos ganhos do trabalho no mundo capitalista”.

Silva (2011, p. 65) também comunga deste entendimento, caracterizando a terceirização como um fenômeno inerente à empresa no mundo capitalista.

De maneira mais consistente Souto Maior aprofunda a discussão, ao aduzir que:

[...] fábricas, seguindo o modelo toyotista, se pulverizaram. A produção não se faz mais, integralmente, em um mesmo local, ganhando relevo a terceirização da produção, assim como a atividade de prestação de serviços. A terceirização apresenta-se, assim, como uma técnica administrativa, que provoca o enxugamento da empresa, transferindo parte de seus serviços para outras empresas. Argumenta-se que a terceirização permite à empresa preocupar-se mais intensamente com as atividades que constituem o objeto central de seu empreendimento. Esta técnica transformou-se em uma realidade incontestável por todo o mundo do trabalho, desafiando os estudiosos do direito do trabalho a encontrem uma fórmula jurídica para sua regulação. (MAIOR, 2004, p. 51).

³ Dicionário de sinônimos. Disponível em: <http://www.significados.com.br/outsourcing/>. Acesso em 07 mar 2016.

De conseguinte, a terceirização é dividida em estágios, quais sejam: a) o inicial, quando a empresa contratante repassa a terceiros atividades que não são essenciais, tais como restaurantes, conservação e limpeza, vigilância, transporte, assistência contábil e jurídica, dentre outras; b) intermediário, quando as atividades estão indiretamente ligadas à atividade fim da empresa, a exemplo da manutenção de máquinas, usinagem de peças e por fim, avançada, quando ínsitas à atividade da empresa, a exemplo da gestão de fornecedores, fornecimento de produtos, etc (MARTINS, 2010, p. 12-13) o que, de todo modo, é rechaçado por nossa Corte máxima juslaboralista, o Tribunal Superior do Trabalho (TST), através de sua Súmula nº 331, por considerar autorizados apenas os serviços de vigilância, conservação e limpeza e atinentes à área-meio da empresa. Acompanhe:

CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. LEGALIDADE (nova redação do item IV e inseridos os itens V e VI à redação) - Res. 174/2011, DEJT divulgado em 27, 30 e 31.05.2011

I - A contratação de trabalhadores por empresa interposta é ilegal, formando-se o vínculo diretamente com o tomador dos serviços, salvo no caso de trabalho temporário (Lei nº 6.019, de 03.01.1974).

II - A contratação irregular de trabalhador, mediante empresa interposta, não gera vínculo de emprego com os órgãos da Administração Pública direta, indireta ou fundacional (art. 37, II, da CF/1988).

III - Não forma vínculo de emprego com o tomador a contratação de serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20.06.1983) e de conservação e limpeza, bem como a de serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a personalidade e a subordinação direta.

IV - O inadimplemento das obrigações trabalhistas, por parte do empregador, implica a responsabilidade subsidiária do tomador dos serviços quanto àquelas obrigações, desde que haja participado da relação processual e conste também do título executivo judicial.

V - Os entes integrantes da Administração Pública direta e indireta respondem subsidiariamente, nas mesmas condições do item IV, caso evidenciada a sua conduta culposa no cumprimento das obrigações da Lei n.º 8.666, de 21.06.1993, especialmente na fiscalização do cumprimento das obrigações contratuais e legais da prestadora de serviço como empregadora. A aludida responsabilidade não decorre de mero inadimplemento das obrigações trabalhistas assumidas pela empresa regularmente contratada.

VI - A responsabilidade subsidiária do tomador de serviços abrange todas as verbas decorrentes da condenação referentes ao período da prestação laboral.

É neste particular que se preocupa o presente escrito, haja vista que o PL 4330/2004, em seu art. 4º, § 2º vaticina que “[...] O contrato de prestação de serviços pode versar sobre o desenvolvimento de atividades inerentes, acessórias ou complementares à atividade econômica da contratante.”

Como se vê, a atividade fim empresarial, antes alheia à possibilidade de formal descentralização, hoje ganha possibilidade de concretude em nosso ordenamento jurídico, o que certamente coloca em risco vários direitos e garantias fundamentais, em especial o direito à previdência social, como bem expressa a nossa *Lex Fundamentalís*.

Sem laivo de dúvidas, este contexto, certamente, é proporcionado pelo ressabido neoliberalismo econômico, como exposto no capítulo anterior, que, a toda prova, busca desregular a legislação

trabalhista dos mercados periféricos internacionais, sob, dentre tantas outras, a promessa de torná-lo competitivo à nova ciranda econômico-financeira internacional.

Nesse sentido, Coutinho arremata a questão:

[...] O neoliberalismo defende a tese de que o mercado livre é sinônimo de democracia multipartidária, cuja forma de organização é a única com capacidade de conduzir a sociedade ao jogo de regras democráticas, porque a compreende em sua inteireza. Sob um forte viés ideológico, a mensagem neoliberal pretende eternizar a situação e, ao mesmo tempo, impedir qualquer tipo de relação ao modelo vigente de relações econômicas e sociais. Em outras palavras, a ideologia neoliberal busca submeter o destino de todas as relações sociais e as atividades produtivas das pessoas à trajetória do capital, para que somente assim o regime econômico capitalista controle de maneira aberta todos os movimentos, sob pena de não haver democracia multipartidária, felicidade e liberdade na doutrina nos neoliberais. (...) A ideologia neoliberal difunde as suas concepções entre os mais variados espaços de disputa política e cultural, na certeza de que as injustiças sociais serão naturalizadas, quando não enaltecidas pela falácia da igualdade de oportunidades oferecida às pessoas pela economia de mercado globalizada. (COUTINHO. 2015, p.86-87)

Certamente, a premissa do Projeto de Lei em comento é o de tornar mercado brasileiro mais competitivo aos investidores internacionais. Contudo, o questionamento que se faz, de pronto, é a que preço se fará esta inserção de tais diretrizes e se isso é suportável perante o nosso ordenamento jurídico e constitucional.

4 O Projeto de Lei nº 4330/2004

De conseguinte, além da abertura quanto à atividade fim empresarial, o projeto de lei em comento traz em seu bojo as seguintes tratativas, que passaremos a analisar.

No que tange a responsabilidade das empresas, conforme Spagnol (2015) evidencia em seus estudos sobre as vantagens e desvantagens acerca da terceirização, nos moldes do ordenamento jurídico vigente a empresa tomadora dos serviços (contratante) tem apenas responsabilidade subsidiária quanto ao adimplemento das verbas atinentes ao contrato de trabalho; de acordo com o projeto em tela, a empresa tomadora dos serviços deverá fiscalizar o correto pagamento das verbas salariais e previdenciárias ao empregado terceirizado e uma vez comprovada, tornar-se-á apenas secundária, e em caso contrário, solidária.

Quanto ao vínculo empregatício, a supracitada autora evidencia que o projeto de lei é silente sobre a existência de pessoalidade na prestação do serviço pelo terceirizado. Sabe-se que a exigência de pessoalidade na prestação dos serviços pelo empregado terceirizado é causa para a imediata irregularidade do contrato de terceirização, mas o projeto de lei não regulamentou essa questão.

Ainda neste sentido, quanto à representação sindical, os empregados terceirizados, até os dias atuais são representados pelo sindicato da categoria preponderante da empresa tomadora de serviços e

com a nova lei, serão representados pelo sindicato da categoria da empresa tomadora de serviços, sobremaneira se pertencer à mesma categoria econômica.

No caso de alteração da empresa prestadora de serviço, aduz ainda Spagnol (2015), que o projeto em análise propõe a possibilidade de troca da empresa prestadora de serviços anteriormente contratada e garantia dos direitos alusivos ao contrato anterior mantido com os empregados, desconsiderando o entendimento pacificado de ameaça de fraude em tal prática pela Justiça do Trabalho.

Por outro lado, o Projeto de Lei também prevê a possibilidade de, segundo o referido autor, se quarteirizar a contratação já ocorrida, em seu art. 11, sendo a terceirizada solidariamente responsável pelas obrigações trabalhistas assumidas pela empresa subcontratada, que de muito já é rechaçado pelo Colendo TST. (SPAGNOL. 2015)

Assim, podemos perceber que diversos são os impactos que serão gerados no ordenamento jurídico brasileiro com a aprovação do projeto em comento, nos moldes em que ele está estruturado, sendo necessário sim, regulamentar a terceirização no país, porém sem violar direitos sociais arduamente conquistados.

5 Os impactos do PL 4330/2004

Uma vez instituída a legalidade da terceirização da atividade fim da empresa, certamente desaguará na contratação de empregados para exercer as mesmas funções com patente redução salarial, haja vista que será criado um exército de reserva, competitivo, que certamente barganhará nova colocação na atividade empresarial. De conseguinte, uma vez ausente a variação salarial e somada à diversidade de empregadores, trabalhos idênticos poderão ser remunerados sem um padrão mínimo de equiparação salarial.

Certamente, diante do novel contexto pretendido, a nova empregadora não estará obrigada a cumprir normas que ela não pactuou e de cujas negociações sindicais tampouco se fez presente, no que desaguará no maciço enfraquecimento dos acordos e convenções coletivas de trabalho.

Em outras palavras, uma vez aprovado o PL 4330, naturalmente desaguará na possibilidade de pulverização dos trabalhadores em diversas empresas, e via de consequência, haverá datas-bases diferentes, o que, de toda forma, ocasionará a fragmentação das negociações coletivas (SPAGNOL. 2015), frustrando as lutas e reivindicações legítimas das categorias, que dia-a-dia enfraquecerão, a ponto de formar uma vala comum quanto aos direitos e conquistas amealhados em décadas de luta, sem qualquer perspectiva de progresso.

Do mesmo modo que ocorrerá um enfraquecimento das entidades sindicais, de igual sorte poderemos observar o enfraquecimento da inclusão social do empregado portador de deficiência, pois se aprovado o projeto de lei sob comento, a reinserção dos empregados portadores deficiência poderá se

tornar mais difícil, haja vista que, uma vez possível a terceirização da atividade fim, o cadeia produtiva da atividade empresarial poderá ser fragmentada, e como é cediço, apenas as empresas detentoras de mais de 100 empregados é que são compelidas a empregar cidadãos ínsitos a esta condição, de acordo com o art. 93⁴, da Lei nº 8213/91, pelo que o sistema de cotas poderá vir a ser extremamente prejudicado.

Demais de tudo isso, teremos que diversos cidadãos, sem idoneidade técnica ou econômica, sob a ótica da legislação trabalhista, poderão vir a ser utilizados como empregadores “laranjas” (SPAGNOL. 2015), para o surgimento de empresas terceirizadas, o que de forma indireta ocasiona uma blindagem a mais à contratante, face na necessidade do esgotamento do patrimônio social da contratada, formatando assim, um cenário maior a ocorrência de fraudes à legislação trabalhista.

Ademais, aceito o projeto em tela, a rotatividade de mão-de-obra em relação às terceirizadas será altíssima, o que elidirá maciçamente a possibilidade de se aperfeiçoar a capacidade dos trabalhadores através dos treinamentos, bem como do acompanhamento regular da saúde do trabalhador, o que, de toda forma desaguará em um meio ambiente do trabalho em palco perfeito aos acidentes de trabalho.

Este contexto foi recentemente apontado em estudo realizado pela CUT, em parceria com o DIEESE⁵, através do qual foi constatado que, em cada 10 acidentes de trabalho, oito referem-se a empregados terceirizados.

Nesse diapasão, em estudo direcionado à segurança do trabalho, o DIEESE divulgou recentemente que 80% (oitenta por cento) dos acidentes de trabalho no país ocorrem em empresas terceirizadas⁶. Isso pode ser explicado por diversos fatores, dentre os quais: o fato de o terceirizado não se identificar com o local onde presta seus serviços, ante a possibilidade de ser transferido para outro posto de trabalho a qualquer momento; pelo fato das empresas terceirizadas não se preocuparem adequadamente em estudar o local em que será prestado o serviço pelo terceirizado; ausência de investimento em capacitação e prevenção de acidentes por parte das empresas contratadas, etc.

⁴ Art. 93. A empresa com 100 (cem) ou mais empregados está obrigada a preencher de 2% (dois por cento) a 5% (cinco por cento) dos seus cargos com beneficiários reabilitados ou pessoas portadoras de deficiência, habilitadas, na seguinte proporção:

- I - até 200 empregados.....2%;
- II - de 201 a 500.....3%;
- III - de 501 a 1.000.....4%;
- IV - de 1.001 em diante.5%.

⁵ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/cut-e-dieese-sustentam-que-80-dos-acidentes-de-trabalho-atingem-terceirizados>. Acesso em: 04 jan.2016.

⁶ Disponível em: <http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.

No que toca à jornada e condições justas de trabalho, os estudos também apresentam dados negativos. Nesse sentido, pois, o DIEESE constatou que os terceirizados possuem uma jornada de trabalho semanal, em média, 3,5 horas a mais que o contratado direto.

De todas as hipóteses jurídicas levantadas, a cristalina diminuição das contribuições à previdência social e o sistema dela dependente é a pedra de toque do presente escrito.

Com efeito, uma vez ocorrida a drástica redução dos salários, das condições de trabalho, bem como da representatividade de luta da categoria, como evidenciado alhures, um dos direitos fundamentais mais importantes do trabalhador – o direito à previdência social - sofrerá, em efeito cascata, as funestas consequências da precarização das relações laborais, e de conseguinte, o trabalhador, a passos largos, progressivamente deixará de possuir o mínimo existencial pautado em nossa Carta Magna, tanto no presente, como para si em momento futuro ou seus dependentes, função precípua da previdência social.

6 Da análise crítica ao projeto de lei quanto ao direito fundamental à previdência

Sem laivo de dúvidas, o projeto de lei sob análise, da forma como está concebido constituir-se-á em atentado aos direitos fundamentais dos trabalhadores, principalmente ao direito à previdência social.

Nesse sentido, a previdência nasce de um manifesto estado de necessidade, pelo qual, através da concessão de seguros assegura-se a manutenção da capacidade sociológica e econômica das contingências, tendo, como vigas mestras, a paz social, o progresso, o bem-estar do homem enquanto detentor de dignidade moral e espiritual (RUPRECHT, apud ZIMM, 2005).

Estas benesses, então, proporcionadas pelo sistema, permitem que a realidade econômico-financeira se mantenha este trabalhador equilibrado junto a seus pares em nosso país, cuja busca é sempre suprir, cada vez mais, todas as contingências possíveis, agregando e atendendo contribuintes e beneficiários do sistema. (RUPRECHT, apud ZIMM, 2005).

Como se vê, o direito à previdência brota como um direito humano fundamental, como argumenta Moraes (2014, p. 130-131):

[...] No âmbito do constitucionalismo social brasileiro de 1988, direito humano é gênero, do qual são espécies também os direitos sociais de segunda geração, nos quais está incluído o direito social à previdência, como tipo positivado. Significa dizer que no núcleo direitos humanos (direito à vida, à liberdade, à segurança, à igualdade e à propriedade, art. 5º, CRFB/1988, está inserido o direito social à previdência como um direito relativo à vida. Então, em sentido lato, como espécie de direito humano, o direito social à previdência social é inerente à dignidade humana (...)

é unido à categoria de 'valor supremo' ao lado dos direitos sociais (por exemplo, o trabalho) e dos direitos à liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça social, conforme também declarado solenemente no preâmbulo da Carta Magna de 1988. (...)

No atual sistema constitucional brasileiro, os arts. 1º, III, e 6º que conferem ao direito à previdência o status de direito humano fundamental, visto que esse direito é unido à categoria de "valor Supremo" ao lado de outros direitos sociais (por exemplo, o trabalho) e dos direitos à

liberdade, à segurança, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça social, conforme declarado solenemente no preâmbulo da Carta Magna de 1988.

No particular, estes direitos diferem-se dos humanos e naturais porquanto são reconhecidos e positivados pelo Estado; os humanos guardam correlação aos documentos de direito internacional, independente de sua vinculação a qualquer ordem constitucional, de forma universal a todos os povos e atemporal, decerto; já os naturais guardam apenas uma correlação com a dimensão histórica na construção destes contextos. (SARLET. 1998, p.44)

Em assim sendo, é manifesta a sua conexão com a Dignidade da Pessoa Humana e o Estado, construindo, bem assim, um relação de direitos e deveres fundamentais deste em face de qualquer ato de cunho degradante e desumano, e ao revés, almeja assegurar condições existenciais mínimas a uma vida saudável, e de conseguinte, propiciar um a participação ativa e corresponsável de existência e comunhão com os demais seres humanos. (SARLET. 1998, p. 62)

Afinal, para ele a dignidade se alinha “como qualidade intrínseca da pessoa humana, é irrenunciável e inalienável, constituindo elemento que qualifica o ser humano como tal e dele não pode ser destacado”. (SARLET, 1998, p. 41).

Nesse diapasão, Almeida abrilhanta a discussão quando afirma que:

Esses direitos fundamentais de primeira geração ou dimensão (direitos econômicos, de segunda geração (direitos econômicos, sociais, trabalhistas), de terceira geração (direitos de solidariedade e da fraternidade) são formulados constitucionalmente como princípios normativos, na visão pós-positivistas de Alexy (cf. ALEXY, Robert. Teoria dos direitos fundamentais. São Paulo: Malheiros) e Dworkin (cf. DWORKIN, Ronald. Levando o direito a sério. Rio de Janeiro: Martins Fontes), com força normativa, segundo lição de Konrad Hesse (cf. HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris), a serem aplicados diretamente vinculando as entidades públicas e privadas, conforme previsto pelos arts. 18, I da Constituição da República Portuguesa e 5º, § 1º, da Constituição da República Federativa do Brasil. (ALMEIDA. 2010, p. 145)

De outra banda, não é demais encarecer que todos os tratados Internacionais, a exemplo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que consagrou princípios fundamentais da ordem jurídica internacional, sendo considerada fonte de máxima hierarquia no Direito. (DELGADO, 2015, p. 145).

E isto resta evidenciado nos artigos XXII e XXIII, quando os direitos fundamentais são declarados como “indispensáveis à dignidade humana” e ao desenvolvimento da personalidade” humana.(DELGADO, 2015, p. 132).

Do exposto, por qualquer ângulo que miremos, não como se negar a aplicabilidade, bem como o caráter vinculante dos direitos fundamentais, máxime ao direito à previdência social, já que os direitos sociais, tendo com parte integrante, decerto, o direito à previdência social, pois:

Os direitos sociais consistem em cláusulas pétreas implícitas na categoria de normas intangíveis relativas aos direitos fundamentais que englobam o Título II, capítulos I, II, III e IV da Constituição que englobam os direitos individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade e os direitos políticos, não podendo ser atingidos por emenda tendentes a aboli-los. Chega-se a esta conclusão com a utilização das técnicas de interpretação extensiva, sistemática, lógica e teleológica do texto constitucional.

Uma, porque o legislador ao redigir o inc. IV, § 4º do art. 60 da Constituição disse menos do que efetivamente era do seu desejo. Ao utilizar a expressão direitos e garantias individuais quis, em verdade, referir-se a direitos e garantias fundamentais uma vez que o Título II da Constituição trata dos Direitos e Garantias Fundamentais.

Duas, porque entre os direitos sociais do trabalhador temos direitos individuais (art. 7º da Constituição) e coletivos (arts. 8º, 9º, 10 e 11 da Constituição). Os direitos de natureza individual são intangíveis, em face de estarem atrelados ao direito da igualdade previsto no art. 5º da Constituição. (ALMEIDA. 2010, p. 145)

Afinal, os direitos fundamentais do homem traduzem-se em prestações positivas, enunciadas em normas constitucionais que almejam melhoras as condições de vida dos mais fracos, realinhando-os destas situações sociais desiguais, pautadas na máxima do direito de igualdade, traduzindo-se em condições materiais perfeitas a este ideal, a ser exercido com liberdade. (SILVA, 1993)

Em assim sendo, os direitos fundamentais, como afirmado por Ferrajoli (2001, p. 9-13), constituem-se no fundamento e parâmetro de igualdade, desaguando, pois, na dimensão essencial da democracia, porquanto expectativas negativas ou positivas, com deveres (de prestações) ou proibições (de lesões).

De fato, tendo como paradigma este cenário social e político inteiramente conectado aos auspícios ideológicos trazidos pelo neoliberalismo econômico, não há como vislumbrarmos um processo de terceirização que não almeje tornar a empresa mais lucrativa, porém, violando garantias fundamentais dos trabalhadores, como aqui visto, pelo que, o PL, em tela, não pode ser concebido desta forma. Afinal de contas, a CR/88 assegurou ao trabalhador brasileiro uma espécie de “cinturão de direitos” de ordem e garantias fundamentais, justamente para que não sofram menoscabo com a progressiva alteração do ordenamento jurídico em cenários deste jaez, até porque é cediço, pela própria ótica constitucional que é terminantemente vedado o retrocesso social, porquanto princípio consagrado em nossa *lex fundamentalis*.

Isso tudo, sem mais irá de encontro a todos os anos de lutas e conquistas por um trabalho decente, de cujo conjunto mínimo corresponde ao direito ao trabalho, à liberdade, ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração e que preservem sua saúde e segurança; à proibição do trabalho infantil; à liberdade sindical; e à proteção contra os riscos sociais. (BRITO FILHO, 2013)

Razões sobejas pelas quais, o projeto em tela merece um estudo mais aprofundado e mais crítico, máxime em se comparando a todos os institutos aqui difundidos e de quilate inconfundível diante de nossa sociedade justa e cidadã.

7 Considerações finais

À guisa de conclusão, temos claramente que o Projeto de Lei nº 4330/2004, fere, sem laivo de dúvidas, ditames e preceitos de ordem constitucional e pétreos, e como visto, de máxima efetividade e aplicabilidade em nosso ordenamento jurídico, sobremaneira o direito à previdência social, como visto, de cunho vital às gerações presentes e futuras.

Afinal os princípios direitos e garantias em tela são pétreos, a rigor do que preceitua o art. 60, § 4º, inciso IV da Magna Carta de 1988,⁷ não podem ser objetos de alteração até mesmo por emenda constitucional.

Desta forma, toda e qualquer legislação infraconstitucional criada em descompasso a estes direitos deverão ser declarados inconstitucionais e bem assim, extirpados de nosso ordenamento jurídico.

Afinal, como bem afirmado por Romita:

[...] a implicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico reveste importância considerável, pois, é hoje pacífico, eles não se limitam a impor restrições ou limites aos poderes públicos. Ápice da ordem jurídica e expressão suprema dos valores axiológicos fundados sobre a dignidade da pessoa, os direitos fundamentais são dotados de irresistível supremacia jurídica, exercida sobre a integralidade do sistema. (ROMITA, 2009, p. 212).

Ante o exposto, o projeto de lei está, inegavelmente, fadado ao descarte por contrariar, de forma frontal e diretamente diversos direitos trabalhistas e sociais garantidos pela CRFB/88, e principalmente por violar o direito fundamental à Previdência Social.

Afinal, com o passar dos tempos, esta realidade econômica neoliberal, a qual reduz o trabalho humano subordinado, se não for tratada de forma racional, inteligente e equilibrada, imporá gradativamente, um novo modelo de relação de trabalho marcado pela parassubordinação, desaguando-se no modelo empresa tida como moderna (*lean production*) fazendo por desaparecer o trabalho subordinado, suplantando as garantias constitucionais aqui ditas, para dar ao modelo de trabalho eventual e autônomo, ao qual este país nem de longe está preparado a conceber. (MORAIS, 2014)

É esta realidade que salta aos olhos de forma pungente, violenta, pelo que se deve, ao mínimo, combatê-la duramente para que os tempos de luta e construção de direitos fundamentais, em nosso Estado Democrático de Direitos, tal como o sistema previdenciário brasileiro, não venha a sucumbir diante da barbárie anunciada com o advento da PL 4330/2004. Jamais!

Referências

ALMEIDA, Renato Rua de. **Direitos Fundamentais Aplicados ao Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

⁷ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: (...)§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: (...)IV - os direitos e garantias individuais.

- BEER, Max. **História do socialismo e das lutas sociais**. Trad. Horácio de Melo. São Paulo: Expressão Popular, 2006.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do**. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em 05 fev. 2016.
- BRASIL. **Lei nº 8213/91**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l8213cons.htm. Acesso em 05 jan. 2016.
- BRASIL. **Projeto de Lei nº 4330/2004**. Disponível em: http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=246979. Acesso em 05 jan. 2016.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Direitos Humanos**. São Paulo: LTr, 2015.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno**. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013.
- CATANI, Afrânio Mendes. **O que é o capitalismo**. 31 ed. São Paulo: Editora brasiliense, 1992.
- COUTINHO, José Grijalbo. **Terceirização: máquina de moer gente trabalhadora**. São Paulo: LTr, 2015.
- DELGADO, Maurício Godinho. **Capitalismo, trabalho e emprego: entre o paradigma da destruição e dos caminhos da reconstrução**. São Paulo: LTr, 2007.
- DELGADO, Maurício Godinho; DELGADO, Gabriela Neves. **Constituição da República e Direitos Fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.
- Dicionário de sinônimos**. Disponível em: <http://www.significados.com.br/outsourcing/>. Acesso em 07 mar 2016.
- DIEESE. <http://www.dieese.org.br/estudosepesquisas/2010/estPesq50TerceirizacaoEletrico.pdf>. Acesso em: 05 jan. 2016.
- FERRAJOLI, Luigi. **Por uma teoria dos direitos fundamentais e dos bens fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.
- JÚNIOR, Miguel Horvath. **Os direitos fundamentais e a seguridade social**. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=1204. Acesso em 05 jun. 2015.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto. *A terceirização sob uma perspectiva humanista*. In: HENRIQUE, Carlos Augusto Junqueira de; DELGADO, Gabriela Neves (coord.) **Terceirização no direito do trabalho**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.
- MARTINS, Sérgio Pinto. **A terceirização e o Direito do Trabalho**. São Paulo: Atlas S/A, 2010.
- MORAIS, Océlio de Jesus C. **Competência da justiça federal do trabalho e a efetividade do direito fundamental à previdência**. São Paulo: LTr, 2014.
- RABELO, Katiane. **Oito em cada dez acidentes de trabalho atingem terceirizados, diz pesquisa**. Matéria jornalística publicada no sítio Agência Brasil. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/cut-e-dieese-sustentam-que-80-dos-acidentes-de-trabalho-atingem-terceirizados>. Acesso em: 04 jun.2015.
- ROMITA, Arion Sayão. **Direitos fundamentais nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.
- SILVA, Antônio Álvares da. **Globalização, terceirização e a nova visão do tema pelo Supremo Tribunal Federal**. São Paulo: LTr, 2011.
- SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 1993.
- SIMM, Zeno. **Os direitos fundamentais e a seguridade social**. São Paulo: LTr, 2005.
- SPAGNOL, Débora. **A terceirização, o projeto de lei 4.330/2004 e seus impactos – vantagens, desvantagens e modificações**. 2015. Disponível em: <http://emporiododireito.com.br/a-terceirizacao-o-projeto-de-lei-4-3302004-e-seus-impactos-vantagens-desvantagens-e-modificacoes-por-debora-spagnol/>. Acesso em: 04 jan. 2016.

RABELO, Katiane. **Oito em cada dez acidentes de trabalho atingem terceirizados**. Notícias. Agência Brasil. 2015. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2015-04/cut-e-dieese-sustentam-que-80-dos-acidentes-de-trabalho-atingem-terceirizados>. Acesso em: 12 jan.2016

VIANA, Márcio Túlio. **Terceirização e sindicato: um enfoque para além do Direito**. 2010. Disponível em: http://www.trt9.jus.br/apej/artigos_doutrina_mtv_02.asp. Acesso em: 04 jan.2016.



A REGULAÇÃO DO TRABALHO NA ECONOMIA COMPARTILHADA: notas iniciais sobre os efeitos laborais do Caso Uber

Láís Parente Alencar ¹

Thais Batista Midauar ²

Paulo Rogério Marques de Carvalho³

RESUMO: A economia de compartilhamento é um conceito que está sendo recuperado na nova dinâmica econômica devido ao uso da tecnologia, em especial startups e outros reflexos da globalização tecnológica. Nesse aspecto, esse trabalho visa explorar algumas questões relacionadas a esses novos modelos de prestação de serviço, a partir das recentes polêmicas em torno das atividades da empresa UBER, aplicativo que visa trazer um novo modelo de mobilidade urbana alternativa e otimizada. Dessa forma, a pesquisa busca um estudo sobre os enquadramentos jurídicos das novas relações trabalhistas propostas pelo aplicativo, que remodelam os padrões antigos de contratação e prestação de serviço, confrontando o modelo do sistema jurídico laboral tradicional.

Palavras-chave: Uber. Economia compartilhada. Capitalismo industrial. Tecnologia. Internet.

ABSTRACT: The sharing economy is a concept that has recovered in the current dynamics of economy due to the use of technology, especially startups and other configurations of the technological globalization. With respect to these issues, we aim to explore these new models of service, concerning the polemics regarding the activities of the UBER, an application which brings viable alternatives to urban mobility. Thus, we shall to study the legal, social and economic framework of the new labor relation proposed by the application, remodeling old patterns of contract and service, confronting the traditional labor legal system.

Keywords: Uber. Sharing economy. Industrial capitalism. Technology. Internet.

¹ Graduanda em Direito pela Faculdade 7 de Setembro (FA7), membro do grupo de estudos transdisciplinar em trabalho e relações sociais na contemporaneidade da Faculdade 7 de Setembro.

² Graduanda em Direito pela Faculdade 7 de Setembro (FA7), membro do grupo de estudos transdisciplinar em trabalho e relações sociais na contemporaneidade da Faculdade 7 de Setembro.

³ Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará, Pós-Graduado em Direito e Processo do Trabalho pela Universidade de Lisboa, Doutorando em Ciências Jurídico-Políticas na Universidade de Lisboa, com período de investigação na *Università di Sapienza* (Roma). Professor de Direito e Processo do Trabalho e Coordenador do grupo de estudos transdisciplinar em trabalho e relações sociais na contemporaneidade da Faculdade 7 de Setembro.

1 Introdução⁴

Trata-se de um dos temas de investigação grupo de estudo transdisciplinar em trabalho e relações sociais na contemporaneidade da Faculdade 7 de Setembro (Fortaleza-CE), O estudo visa identificar os principais problemas do sistema de reengenharia organizacional da Economia Compartilhada (*Sharing Economy*) em relação ao sistema jurídico de regulação do trabalho a partir da recente experiência da Uber. O artigo é dividido em cinco partes. A primeira apresenta os contornos difusos do conceito de economia compartilhada. Em seguida, o artigo apresenta a Uber, sua origem e características, pontuando problemas em relação a quatro pilares temáticos: concorrência desleal, questão securitária, vínculo empregatício e discriminação.

2 O capitalismo industrial e a economia compartilhada

O capitalismo industrial, pautado nas premissas de lucratividade, propriedade privada e consumo, precisa de novos recursos e matérias-primas para possibilitar a produção e acumulação de bens. Esse processo carrega consigo os evidentes riscos sociais para o meio-ambiente e, conseqüentemente, escassez de recursos em um processo de consumo desenfreado.

O capitalismo industrial funciona com base na economia de mercado, favorecida por uma mínima intervenção do Estado no sistema econômico e ampla liberdade de decisão dos detentores do capital e dos meios de produção. Como resultado das crises, a exemplo da Crise da Quebra da Bolsa de Valores (1929) e a recente crise do *subprime* (2008), há a diminuição dos lucros e os arrochos salariais, o que gera, na maioria das vezes, um período de recessão econômica, que tem como consequência o desemprego em massa.

No sistema capitalista, como cada produto é vendido para uma pessoa determinada, que terá sua posse, o curso marginal do capitalismo é elevado, visto que sempre está se gastando para produzir uma unidade a mais de determinado produto. Com esse alto custo marginal, o preço dos produtos é elevado, o que limita o acesso de grande parte da população a eles. A falta de sustentabilidade e o hiperconsumismo podem gerar ainda escassez de combustíveis fósseis e matérias-primas, o que comprometeria de forma irreversível o planeta. Um sistema que não contribui com a sustentabilidade do planeta dificilmente conseguirá perdurar por muitos anos, visto que, o próprio sistema contribui para o seu fim.

É nesse contexto que surge os conceitos iniciais de consumo colaborativo e da economia compartilhada, como uma redefinição das concepções de oferta e demanda tendo em vista evitar o desperdício e minimizar os excessos. Foi nessa perspectiva de superação de crises e de melhoria da

⁴ Agradecemos ao Coletivo Labuta, grupo de estudos transdisciplinar em trabalho e relações sociais na contemporaneidade, da Faculdade 7 de Setembro por fazer surgir em nós o interesse na investigação desse assunto.

qualidade de vida, que a economia compartilhada tem como premissa básica o uso compartilhado e o acesso, ao invés da posse, e o objetivo de se alcançar uma qualidade de vida sustentável. A partir disso, surgem novos modelos de renda através de prestação de serviços sob demanda. Essa economia partilha tanto produtos, como serviços e recursos humanos (CAPANEZ; FERREIRA, 2016, *on line*).

Assim é possível distinguir a economia compartilhada dos transportes, dos bens, dos serviços, dos espaços, do dinheiro ou da comida. Nesse novo modelo, o excesso e o desperdício passam a ser a base de um sistema de transição de valores (GANSKY, 2010).

A economia compartilhada não é um fato tão novo. Já é possível enxergar características desse modelo em fase pré-capitalista, desde que os indivíduos dos pequenos povoados, na época do feudalismo, compartilhavam a posse de um material, como uma furadeira, para utilizar nos trabalhos diários (CHASE, 2015).

No entanto, essa economia ressurgiu com força no mundo moderno devido à globalização tecnológica, que trouxe como novidade o advento da *Internet* e, principalmente da rede *wireless* e das *internets* móveis das operadoras telefônicas. Isso foi o propulsor do crescimento da economia compartilhada, pois a rede móvel é imprescindível para facilitar o compartilhamento.

Um grande benefício dessa nova fase é a possibilidade de realizar atos com menor burocracia. Um exemplo claro disso é a facilidade que se tem em alugar um carro pela *Internet*, ou de acessar um aplicativo para ler um livro no *smartphone* sem que haja intermediação de terceiros, o que muitas vezes torna o ato mais demorado e burocrático. Pela *Internet*, basta acessar o *site* ou aplicativo e em poucos minutos o indivíduo já terá acesso ao produto ou serviço que deseja (CABRAL, 2015, *on line*).

Para entender a essência da economia compartilhada segundo Cabral (2015, *on line*), é preciso entender também o que significa capacidade excedente. O capitalismo, ao visar a posse, faz com que as pessoas acumulem bens e riquezas cada vez mais. No entanto, muitos desses bens são usados apenas uma única vez e depois são guardados por longo período. Por exemplo: um estudante compra um livro para fazer uma pesquisa para um trabalho do colégio e, após concluir tal pesquisa, na maioria das vezes, o livro é guardado em estantes por longos períodos, muitas vezes não sendo usado nunca mais. Nesse simples exemplo pode-se perceber a capacidade excedente daquele livro, que contém informações úteis para muitas pessoas, mas que encontra-se guardado e fora de uso.

Outro exemplo comum do dia a dia ocorre os meios de transportes. Muitas pessoas, principalmente as que vivem em cidades grandes e com muito trânsito, têm carro próprio, mas como utilizá-lo muitas vezes é inviável devido ao tempo que se demora no trânsito, ele acaba ficando parado no estacionamento por muito tempo. O carro tem uma enorme capacidade que está sendo desperdiçada, visto que poderia estar sendo utilizado como um serviço compartilhado. É essa capacidade excedente que se pode verificar na relação entre capitalismo e consumo excessivo.

Assim, esse excedente causa um acúmulo de bens e, conseqüentemente, seu desperdício. Este está intimamente relacionado com a escassez de recursos, pois na medida de que o ter é mais importante do que o usufruir, a escassez dos recursos é inevitável.

Nesse contexto, a filosofia da economia compartilhada tem o objetivo de transformar essa escassez de recursos ocasionada pela capacidade excedente em abundância. Isso ocorreria da seguinte forma: no primeiro exemplo, se, ao invés de ter a posse do bem, o estudante tivesse tido acesso ao livro por algum sistema de economia compartilhada, como um aplicativo de celular, ou por alguma página da *Internet*, esse livro teria o ajudado na pesquisa de qualquer forma e ainda estaria disponível para que outras pessoas pudessem ter acesso a ele. Além disso, o estudante gastaria bem menos para ter acesso ao livro por um aplicativo, o que é um grande benefício da economia compartilhada, visto que o preço de algo compartilhado é bem menor e, algumas vezes, sai até de graça. Sendo muito importante investir nisso, principalmente nos tempos de crise.

Vale ressaltar que o gasto reduzido ou até mesmo inexistente na economia compartilhada ocorre em razão do seu custo marginal ser próximo à zero. Isso ocorre porque a informação é compartilhada de uma só vez para milhares de indivíduos, não tendo gasto por unidade de produto, o que faz com que esse novo modelo torne-se mais vantajoso para o indivíduo e mais viável para a sustentabilidade do planeta (RIFKIN, 2015).

O acesso ao livro por um aplicativo contribui para a sustentabilidade, uma vez que milhares de pessoas podem ter acesso ao livro pela *Internet*, ao invés de cada pessoa adquirir o livro material. No segundo exemplo, se, ao invés de o carro ficar longo período guardado, ele estivesse sendo usado como um meio de transporte compartilhado, em que várias pessoas o utilizassem juntas, para evitar os custos de ter um carro próprio, o que diminuiria a ociosidade e o desperdício.

Outro exemplo, que já vem sendo utilizado no mundo inteiro, é o sistema de compartilhamento de bicicletas públicas, o que reduz os gastos além de ser benéfico para o meio-ambiente. É essa capacidade excedente que a economia compartilhada pretende utilizar, visto que temos muitos recursos que não estão sendo utilizados, essa economia pretende transformá-los em abundância, através da cooperação, da tecnologia e da *Internet* (VIANA, 2015, *on line*).

Para Chase (2015, p. 26), “o resultado é uma montanha de coisas que podem ser feitas com todo o tempo que o smartphone passa sem ser usado em ligações telefônicas.” Esse exemplo pode ser utilizado em todos os outros bens fornecidos pelo capitalismo, ou seja, a economia compartilhada permite utilizar a capacidade excedente dos bens e produtos para aumentar a oportunidade de acesso da população a estes e evitar o desperdício.

Além disso, é importante destacar que esse novo modelo possibilitou a criação de novas formas de configuração de trabalho, que não se adaptam ao desenho institucional do contrato de trabalho típico.

Por exemplo, o Uber aproveitou milhares de indivíduos que utilizam seus carros particulares como forma de transporte compartilhado. Também houve estímulo para a capacitação voltada para a criação de aplicativos e *sites* que possibilitem o compartilhamento, o que gerou novos postos de trabalho também nessa área, dentre muitas outras.

Segundo Chase (2015, p.14):

No total, as empresas criadoras de plataformas para mobilizar a capacidade excedente arrecadaram mais de cinco bilhões naquele ano, cerca de quatro vezes o que fora levantado por empresa similares em 2013, o que, por sua vez, foi mais que o dobro do que o montante arrecadado em 2012.

Dessa forma, pode-se perceber como a economia compartilhada vem mudando a forma de organização da vida econômica, transformando, principalmente, a própria cultura dos indivíduos, que estão passando cada vez mais a utilizar bens partilháveis, estando estes presente no dia a dia de milhares de indivíduos, como o Uber, o ZipCar, o BlaBlaCar, o Waze, entre muitos outros.

É importante ressaltar que a principal ideia da economia compartilhada é o uso compartilhado dos bens e dos produtos e, conseqüentemente, a sustentabilidade do planeta. Esse novo modelo não tem como ideia central a lucratividade.

Nesse contexto, é importante se questionar se os aplicativos supracitados estão seguindo a filosofia da economia compartilhada ou se representam apenas uma nova forma de expressão do capitalismo. Deve-se levar em consideração que algumas empresas de economia compartilhada, como a Uber, possuem uma enorme taxa de lucro mensal.

Assim, é importante se questionar se essas empresas visam o compartilhamento ou se têm como objetivo principal a lucratividade, assim como o capitalismo.

3 Uber: sua origem e características

Diante do contexto da economia compartilhada, e dessa nova cultura de consumo, na qual as pessoas valorizam muito mais o acesso ao bem do que a sua posse, havendo também uma valorização de experiências sociais e interações pessoais, empresas como Uber vem ganhando força. O aplicativo vem inovando as formas de transporte urbano, trazendo uma forma mais prática e rápida de conectar motoristas e usuários, permitindo experiências diversas do transporte tradicional de taxi.

O aplicativo Uber foi pensando em 2008 quando os seu fundadores Travis Kalanick e Garrett Camp, tiveram um experiência difícil de conseguir um taxi em Paris. Com isso, surgiu a ideia de um aplicativo para *smartphone* que passasse a interligar motoristas e usuários em uma plataforma digital e, na medida que um usuário necessita-se de um corrida, bastaria enviar sua localização no aplicativo e a Uber enviaria a solicitação para os motoristas, e o que aceitar iria ao encontro do cliente. Isso tudo

ocorrendo em minutos, por meio de uma moderna rede de GPS que informa a localização e as possíveis rotas a serem feitas com uma maior precisão (POSEN, 2015).

Nessa perspectiva, o Uber começou a funcionar em 2010, na cidade de San Francisco, trazendo um modelo inicial de transporte de luxo. A ideia foi ganhando força e a empresa recebeu investimentos milionários podendo, dessa forma, diversificar o seu serviço. O Uber possui atualmente três versões: o Uber *black*, que seria a ideia original, fornecendo corridas em carros luxuosos com um preço mais elevado; o Uber x, com carros mais compactos e preços mais acessíveis e o Uber T, que permitiria que os usuários requisitassem uma corrida tradicional de taxi pelo aplicativo (POSEN, 2015).

O aplicativo vem aderindo a vida de milhares de pessoas, que utilizam seu próprio carro como meio para gerar uma renda extra ou, até mesmo como renda principal. Pois é bastante simples se tornar motorista da Uber, sendo necessário fazer apenas um cadastro no aplicativo, escolhendo a modalidade que deseja se inserir (Uber X ou Uber *black*) e possuir um carro de ano superior a 2008. Além disso, deve-se disponibilizar documentos, como a licença para dirigir e antecedentes criminais. A empresa irá fornecer um *smartphone*, caso o motorista não possua um, com um moderno GPS que irá monitorar as coordenadas do carro. Ademais, os pagamentos são feitos somente por cartão de crédito, pois a empresa retém 15% ou 20% do valor da corrida (UBER NEWSROOM, 2016, *on line*).

Vale ressaltar, que o controle de motoristas é feito pelos próprios clientes, que ao final da corrida fazem uma avaliação e dão uma nota de 1 a 5 estrelas, e, dessa forma, os motoristas que tiverem notas inferiores a 4,6 estrelas são automaticamente bloqueados do aplicativo (UBER NEWSROOM, 2016, *on line*).

Nesse contexto, percebe-se que a tecnologia é o ponto principal para o funcionamento dessas novas empresas, pois é por meio dela que se tornou simples a comunicação e troca de informações entre milhares de pessoas, tornando, dessa forma, possível o acesso e uso de serviços e bens.

Por isso, o sistema de compartilhamento, como a Uber, vem adquirindo um enorme número de usuários e adeptos, pois tornou barato o que antes era caro e restrito, trazendo uma enorme variedade de recursos que os consumidores passam a ter acesso em decorrência da tecnologia e da economia compartilhada.

Além disso, essas novas empresas buscam fornecer experiências pessoais e sociais diferenciadas, através de um serviço personalizado. Por exemplo, a Uber orienta que os motoristas tenham garrafas de água no carros para fornecer aos clientes e, além disso, os motoristas devem usar terno, portanto há um maior foco no consumidor.

O Uber também se apresenta como uma forma de trazer pessoas e cidade para mais perto, na perspectiva de centros urbanos cada vez mais congestionados e uma mobilidade urbana precária com

transportes públicos e privados obsoletos. Nesse contexto, a empresa surge como uma alternativa moderna para enfrentar essa crise que assola grandes cidades.

Esse “novo modelo” busca convergir diferentes padrões e ideais, como um novo comportamento interpessoal, a criação de um transporte mais sustentável e uma reutilização de vias públicas procurando, assim, remodelar o tráfego de pessoas nos grandes centros. Dessa forma, a empresa Uber traz um modelo de transporte privado otimizado, próprio e diferenciado (TAVARES, 2015, *on line*).

Está evidente que o avanço tecnológico vem modificando diretamente as relações interpessoais, pois cada vez mais, se corre contra o tempo e se busca por praticidade e rapidez e, aplicativos como Uber, se propõe a corresponder esses anseios sociais. O aplicativo se instalou em diversas cidades do mundo e vem constituindo novas formas de prestação de serviço, que trazem novas maneiras de admissão de funcionários, por exemplo, no Uber, ocorrendo por cadastro virtual. Além disso, segundo a empresa, não há uma relação de emprego, se trata de um contrato autônomo.

Dessa forma, a empresa se esquivava da incidência de diversas normas trabalhistas. Confirmando esse entendimento, Sarmiento (2015, *on line*) em seu parecer jurídico definiu esses motoristas como empreendedores individuais que apenas se utilizam da plataforma Uber em sistema de economia compartilhada (*sharing economy*), para otimizar o acesso e contato entre passageiros e condutores.

Vale destacar que, desde sua fundação, a empresa Uber vem enfrentando nas cidades que se instala embates fortíssimos contra as autoridades estatais e as cooperativas de taxi que alegam, por exemplo, uma concorrência desleal. Percebe-se que há uma tensão entre a necessidade de proteger os consumidores de uma possível fraude e a necessidade de incentivar as inovações (RANCHORDÁS, 2014).

Além disso, entre San Francisco e Boston vários usuários do Uber vêm fazendo reclamações acerca de assédios sexuais e outros, assaltos, e invasões de privacidade, e a consequência foi que em várias cidades o serviço foi proibido por completo (DYAL-CHAND, 2015).

A falta de regulamentação cria um ambiente de dúvidas e incertezas, porém, exigir que essas empresas sigam as mesmas regulamentações das companhias de táxi, por exemplo, pode acabar inviabilizando o desenvolvimento dessa nova tecnologia.

Nesse contexto, o aplicativo vem se instalando em diversas cidades do mundo, e vem sendo recepcionado em cada uma delas de forma diversa. Por exemplo, na América do Norte em Washington, em outubro de 2014, o conselho distrital aprovou um projeto de lei que autoriza o uso de veículos privado para o transporte público, desde que as corridas sejam combinadas por meio de aplicativo ou outro meio eletrônico e, em abril de 2015, o senado de Washington aprovou uma legislação mais detalhada para regulamentar o serviço. Já em Portland, em 2015, houve a criação de uma nova categoria de transporte, a Transporte Network Services (INS), que abarca os serviços oferecidos pela Uber.

Com a chegada do aplicativo na América Latina, muitos taxistas vêm fazendo uma série de protestos na tentativa de resistir a concorrência. O primeiro país a regulamentar o uso da Uber foi o México, que exigiu o cumprimento de algumas regras para permitir o funcionamento da empresa. Já o Brasil ainda não tem nenhuma regulamentação, mas, como nos outros países da América do Sul, os taxistas vêm se manifestando contrário.

Na Europa, a maioria dos países foram contra as atividades do aplicativo e ocorreram diversas manifestações, por exemplo, na Alemanha foi proibido desde de março de 2015 pelo Tribunal de Frankfurt, na Espanha o Uber foi considerado ilegal e o processo foi levado à corte europeia e decisão irá vigorar em toda Europa.

A Uber, tanto na Ásia como na Oceania, não tem sido muito bem recebida. Isso ocorre, principalmente, devido à forma que chegou nesses continentes, que foi bastante violenta. Assim, o aplicativo foi banido da Austrália e da Coreia do Sul. Já na Indonésia, o aplicativo tem sido aceito.

Percebe-se que os protestos e manifestações contrárias aos aplicativos, principalmente por parte dos taxistas, são tão fortes que em muitos locais chegam a ser até violentos. Diante desses fatores, deve-se levar em consideração o interesse do consumidor, a necessidade da concorrência e de novas tecnologias para permitir o crescimento do mercado. É de extrema importância que os governos, principalmente em tempos de crise, priorizem o investimento em pesquisas e desenvolvimento, permitindo que a economia cresça.

4 Papel do Estado e desafios da economia compartilhada

Diante do exposto, é importante discutir o papel que o Estado vai assumir nesse contexto da economia compartilhada, pois essa regulamentação pode gerar diversas consequências, como o banimento por completo das atividades dessas empresas, fato que ocorreu no exemplo já citado da Alemanha e no Rio de Janeiro, que foi a primeira cidade que banuiu o aplicativo.

Ademais, pode ocorrer uma regulamentação que venha a mudar substancialmente a dinâmica dos serviços prestados, como em São Paulo, onde foi criada uma nova categoria de taxi, o táxi preto, em que abriria uma possibilidade para o aplicativo operar.

Por fim, pode vir a criar uma regulamentação que mantenha a essências dessas empresas de economia compartilha e, com isso, permita o seu crescimento dentro de regras estatais; por exemplo, nas Filipinas, que foi o primeiro país a adotar uma regulamentação em nível federal, com as seguintes exigências: os motoristas precisam se cadastrar em uma agência reguladora do governo e pagar uma taxa anual.

Nos exemplos acima, percebe-se que alguns países já criaram algumas formas de regulamentar a prestação de serviço da Uber. Porém, são regulamentações superficiais, não englobando a maioria das

reais necessidades e problemáticas que podem ocorrer na prestação desse serviço. Como na maioria dos casos não há regulamentação direta pelo Estado sobre os direitos e deveres dos motorista da Uber, deve-se questionar como estes serão protegidos. A falta de leis específicas causa insegurança jurídica, que prejudicará tanto os prestadores do serviço como quem usufrui deste.

Nesse sentido, sem essa regulamentação, essas pessoas podem ser protegidas pelas normas gerais da Constituição, bem como pelas leis do Código Civil. No entanto, por serem gerais, não oferecem a proteção adequada para esses indivíduos. Novas formas de economia compartilhada e novos modelos de prestação de serviço estão surgindo a todo momento. A globalização avança em um ritmo muito acelerado, principalmente com o uso da *Internet*.

Nesse contexto, é bastante complexo que o Estado consiga acompanhar esse crescimento, regulamentando esses novos modelos. Assim, enquanto não houver uma regulamentação ampla, clara e eficiente, problemáticas envolvendo a Uber continuarão surgindo, como alguns problemas já existentes, que serão explicados a seguir.

Uber está desencadeando duas grandes transformações do setor de aluguel de automóveis: primeiro, é eliminado vários custos de transação, criando um “mercado livre para os serviços de aluguel de automóveis.” Em segundo lugar, trata-se de uma integração vertical e horizontal do setor, que é altamente fragmentado em muitas cidades.

4.1 Uma comparação com a regulamentação do taxi

Desde sua fundação, um dos grandes opositores da empresa Uber são as corporativas de taxi que clamam, dentre muitos fatores, que as atividades dos motoristas da empresa são ilegais e precisam ser regulamentadas para proteger os clientes de fraude. Ainda mais, pelo fato das atividades da empresa não pararem de crescer, chegando a superar o número de taxis em Nova Iorque, por exemplo (POZZI, 2015, *on line*).

Entretanto, é interessante analisar a história do taxi e de como ocorreu sua regulamentação. Levando em consideração o espaço territorial dos Estados Unidos, pois foi onde o Uber foi fundado, uma breve síntese da instalação dos taxis, que surgiram no início do século XX, com o propósito de desenvolver uma nova maneira de deslocamento urbana, e em 1907, na cidade de Nova Iorque foi introduzido essa forma de locomoção, que era mais rápida e conveniente para transporte individual na cidade (POSEN, 2015).

A indústria cresceu, se estabilizou e consolidou a cultura dos “taxis amarelos”, que persiste até hoje. Porém, foi só após a Grande Recessão que se criou uma regulamentação local para as Indústrias de Taxi, focada nos passageiros, estabelecendo limites de tarifas e requisitos de seguro. Com o

desemprego, tiveram mais pessoas se tornando taxistas e, com isso, o número de taxis na cidade superou o número de clientes (POSEN, 2015).

Dessa forma, o mercado se tornou saturado e, conseqüentemente, ocorreu uma queda na qualidade do serviço. Isso, posteriormente, resultou em uma regulamentação nacional que, por volta de 1930, já estava uniformizada em todo o país, focando no controle de entrada, nas tarifas, nas condições dos veículos, entre outros aspectos. Após os anos 70, o governo federal deixou para os Estados a regulamentação dessa Indústria (POSEN, 2015).

Um dos pontos mais importantes nessas regulamentações é o controle de entrada, que se dá através da quantidade de licenças para dirigir um taxi oferecidas por município, implicando, diretamente, na disponibilidade e qualidade do serviço prestado. Esse controle tem o foco principal na segurança e interesse do consumidor e, essas mesmas preocupações, estão surgindo em relação ao Uber pois, como já foi explicado, não há um limite para ingressar no aplicativo, bastando os interessados se cadastrarem. O que ocorre é um controle de permanência feito pelos próprios consumidores (POSEN, 2015).

Porém, um ponto de grande relevância é como se dará essa regulamentação, sendo importante ressaltar que, embora os serviços prestados possam ser parecidos, as dinâmicas dessas prestações são totalmente diferentes.

Dessa forma, impor a utilização das mesmas regras dos taxis, que foram criados em uma época onde era inimaginável o uso da tecnologia dessa maneira, pode restringir o desenvolvimento dessas novas empresas e privar os consumidores desse tipo serviço.

4.2 Concorrência desleal

Concorrência desleal é aquela praticada por indivíduo ou empresa que age através de meios desonestos e contrários aos bons costumes, prejudicando os interesses da outra parte com o objetivo de tomar para si os seus clientes.

Uma discussão importante é se há ou não concorrência desleal entre a Uber e os taxistas.

No Brasil, há uma corrente que alega haver concorrência desleal, justificando esse fato em razão da grande burocratização e regulamentação que passam os taxistas, ao contrário dos motoristas da Uber, para poder exercer o ofício (JUNIOR, 2015, *on line*).

Exemplos disso é o fato de que os taxistas pagam taxas públicas para o governo, enquanto os motoristas da Uber estão isentos dessas taxas anuais; os taxistas precisam de licença da prefeitura para poderem atuar, passando por um processo burocrático e caro para conseguir essa licença, enquanto a Uber não precisa de licença da prefeitura; a tarifa dos taxis é regulada pela prefeitura do município, enquanto a Uber não passa por essa regulamentação.

No entanto, os taxistas possuem algumas vantagens, como a isenção de alguns impostos na hora da compra do veículo, além de não pagarem Imposto sobre Operações Financeiras (IOF) e Imposto sobre Produtos Industrializados (IPI), isenção que os motoristas do Uber não possuem.

Porém, vale ressaltar que só é configurada a concorrência desleal se ambos os concorrentes prestarem serviços de mesma natureza. O artigo 2º da Lei nº 12.468/2011 estipula que:

Art. 2º - É atividade privativa dos profissionais taxistas a utilização de veículo automotor, próprio ou de terceiros, para o transporte público individual remunerado de passageiros, cuja capacidade será de, no máximo, 7 (sete) passageiros. (BRASIL, 2011).

Nesse sentido, há uma corrente que considera o Uber um meio de transporte privado individual, em razão de não ser aberto a todo o público, mas somente para passageiros cadastrados previamente no aplicativo, ou seja, os usuários da tecnologia constituem um grupo determinado de pessoas. Além disso, é necessário que o motorista aceite a corrida no momento do pedido através do aplicativo, não havendo, para os motoristas do Uber, ponto de parada nas ruas, nem a possibilidade de aceitação de corridas de passageiros que se encontrem nas ruas - como acontece com o serviço dos taxistas -, mas apenas dos usuários do aplicativo, que contratam o motorista através da tecnologia.

Ou seja, para essa corrente o Uber presta um serviço que atende a um grupo específico e diferenciado de pessoas, sendo este grupo restrito aos usuários do aplicativo, o que demonstraria a existência de um serviço privado.

Como explica Tavares (2015) em seu parecer, a distinção entre o aberto e o fechado ao público fica mais evidenciada se comparados os dois tipos de transporte: o público coletivo (como os ônibus públicos disponibilizados pelo Governo) e o privado coletivo (como os ônibus escolares). O público de pessoas pode ter acesso a ambos os tipos de transporte. O que os diferencia é o espectro ou abrangência social do uso. Por exemplo, o ônibus escolar, embora de contratação viável por todos, tem formatação que atende, em razão da especialidade da demanda e da trajetória, apenas a um certo grupo de passageiros (no caso, os estudantes, e a trajetória se limita entre a residência destes e o colégio ou faculdade), resultando então na sua natureza privada. Já no caso do ônibus público, o acesso ao público em geral não encontra nas características operacionais de linha e demanda fatores que restrinjam o mercado alvo de passageiros, podendo qualquer pessoa utilizar desse serviço para qualquer ponto da cidade que faça parte do trajeto do ônibus. No caso do ônibus escolar, só pode usufruir do serviço quem contrate previamente o mesmo, aderindo às suas condições operacionais especiais.

Nesse contexto, mesmo ocorre, portanto, no caso do enquadramento do Uber no transporte individual privado, visto que há a necessidade de prévia contratação do motorista, sendo necessário também que o passageiro faça parte do grupo de usuários da tecnologia do aplicativo da empresa, restringindo então o acesso a apenas um grupo determinado de indivíduos.

Porém, é preciso destacar que ainda há divergências sobre esse assunto, visto que a corrente pró- taxis alega que o Uber configura transporte público individual, pois o mero fato de se exigir um cadastro prévio à utilização do aplicativo e o uso da tecnologia, não torna privado o serviço em questão, já que o aplicativo pode ser oferecido à generalidade das pessoas de modo indeterminado.

Assim, resta claro que há dois lados distintos em relação à classificação da natureza jurídica do Uber, fato este que é decisivo para a configuração ou não da concorrência desleal. Nesse contexto, com a falta de regulamentação sobre essa matéria, a existência ou não dessa concorrência desleal ainda não foi firmada no Brasil.

Na Alemanha, a Uber já chegou a ser temporariamente banida de operar por um tribunal de Frankfurt. O banimento ocorreu em razão da alegação de concorrência desleal, visto que os motoristas não precisavam pagar seguros e licenças (GAZETA DO POVO, 2014, *on line*).

Em Portugal, o aplicativo também já foi proibido pelo Instituto da Mobilidade e dos Transportes (IMT), por assegurar que a Uber viola a legislação aplicável ao setor dos transportes. Além disso, mais uma vez foi interposta a alegação de concorrência desleal (LEDO, 2014, *on line*).

Vale ressaltar nessa discussão o papel dos princípios constitucionais, pois sabe-se que estes eram considerados apenas meras proclamações retóricas sem força normativa. Entretanto, esse entendimento foi superado e, atualmente, os princípios constitucionais são verdadeiros pilares do ordenamento jurídico e são normas extremamente importantes.

Nesse sentido, bem preceitua Sarmiento (2015, p.5):

O constituinte enunciou diversos princípios que regem a nossa ordem econômica, previstos no art. 170 da Constituição. Além disso, a Lei Fundamental consagra inúmeros outros preceitos que também devem influenciar o tratamento infraconstitucional das relações econômicas: os princípios fundamentais da República, os direitos fundamentais, as regras sobre a divisão de competências entre os entes federativos, dentre outros. Tais princípios e regras constitucionais possuem força normativa, devendo assim orientar a interpretação do Direito Econômico, cuja constitucionalização, portanto, decorre da própria Constituição.

Diante do exposto, é possível destacar dois princípios constitucionais que seriam mais importantes para a compreensão das questões trazidas pelas novas tecnologias: a livre iniciativa (art. 1º, IV e 170, *caput*, Constituição Federal - CF), e a livre concorrência (art. 170, IV, CF).

Primeiramente, o princípio da livre iniciativa possui extrema importância no ordenamento jurídico brasileiro estando consagrado logo no artigo 1º, inciso IV, da Lei Fundamental, como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, ao lado da soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valor social do trabalho e pluralismo político. Além disso, a livre iniciativa, mantém íntima correlação com a liberdade profissional, garantida no art. 5º, inciso XIII, da Constituição, e figura também, junto com a valorização do trabalho humano, como fundamento da ordem econômica nacional, no art. 170, *caput*, da Constituição Federal.

Nesse sentido, observa-se que a livre iniciativa consiste tanto na liberdade de iniciar uma atividade econômica como na liberdade de gerá-la, conduzi-la e organizá-la. Este princípio é uma expressão da liberdade individual que reflete na esfera econômica, além de ser um importante propulsor do crescimento de riquezas e desenvolvimento econômico.

Ademais, é importante destacar o papel do princípio da livre concorrência na ordem econômica, tal princípio tem como objetivo essencial a promoção da livre competição entre os agentes econômicos em prol do consumidor, do desenvolvimento do mercado e, assim, da eficiência econômica.

A premissa básica desse princípio constitui na ideia de que um mercado competitivo, aumenta a liberdade de escolha do consumidor, e, com isso, os preços tendem a cair e a qualidade do serviço a melhorar. Dessa forma, a concorrência estimula o progresso e a inovação.

Como, classifica Sarmiento (2015, p.12):

O princípio da livre concorrência tem uma dupla face. Por um lado, ele limita o Estado, que não pode instituir restrições excessivas que impeçam os agentes econômicos de ingressar, atuar e competir livremente no mercado. Por outro, o princípio impõe que o Poder Público atue sobre o mercado, para proteger a sua higidez, prevenindo e coibindo abusos do poder econômico e práticas anticoncorrenciais, como a formação de monopólios, oligopólios, cartéis etc.

Levando em consideração a classificação supracitada, é importante destacar o papel do princípio no sentido de restringir a atuação do Poder Público que limita excessivamente a atuação dos agentes econômicos.

Nesse sentido, considerando que a natureza jurídica do serviço prestado pelo Uber é diversa da dos taxis, não teria justificativa o Estado proibir tal prestação de serviço, de restringir a liberdade de escolha do cidadão, de proibir o acesso a essa modalidade alternativa de transporte.

4.3 Seguradora de carros

Os motoristas da Uber enfrentavam algumas dificuldades em relação a essa prestação de serviço, e uma delas era sobre a questão do seguro do carro, e quem deveria ser responsabilizado por um acidente ocasionado pelo motorista da Uber, durante a prestação de serviço.

Primeiramente, vale ressaltar que os motoristas trabalham com seus próprios carros então, a não ser que a empresa forneça um seguro, eles irão operar sobre a cobertura do seu seguro pessoal. Sendo assim, é necessário que os motoristas tenham um seguro pessoal para cobrir a responsabilidade em caso de acidente. Porém, o ideal é que quem dirige com um propósito comercial tenha cobertura de um seguro comercial.

Nesse contexto, quando a empresa Uber iniciou seus serviços, eles não providenciaram nenhum tipo de seguro para os seus motoristas, que eram forçados a usar os seus seguros pessoais, pois não tinham como pagar pelo seguro comercial (LOUCKS, 2015).

Entretanto, em muitos Estados, as seguradoras não consideram os passageiros da “carona amiga” (*ridesharing*) como um simples convidado. Logo, caso ocorresse algum acidente, elas não irão arcar com nenhuma responsabilidade, ficando o motorista, nesse aspecto, desprotegido, pois o seguro regular iria cobrir apenas as necessidades normais de um veículo privado, cobrindo, assim, um veículo usado para propósitos pessoais e não para propósitos comerciais (LOUCKS, 2015).

Nesse caso, embora o motorista da Uber utilize seu próprio carro para o serviço, ele está usando para propósitos comerciais, fato que faz com que as seguradoras não se responsabilizem pelos danos causados aos passageiros em acidentes (LOUCKS, 2015).

Nessa perspectiva, os motoristas da Uber, além de não serem protegidos pelo seguro, também não são protegidos pela empresa. Como ocorreu no caso emblemático do motorista que atropelou e matou uma menina de 6 anos, em San Francisco, em 2013, enquanto estava usando o aplicativo da Uber. A empresa se defende que, por ele não ter nenhum passageiro no momento, ela não teria nenhuma responsabilidade nesse acidente e, só após meses de negociação, a empresa decidiu pagar uma indenização para a família da vítima (ROCHA, 2015, *on line*).

Diante do contexto, e dessa problemática, atualmente, para um motorista se cadastrar no aplicativo além dos requisitos como carteira de motorista, certidão de antecedentes criminais, dentre outros, a empresa adicionou a exigência de mais um requisito. Dessa forma, o interessado em ingressar no aplicativo deve contratar um seguro auto para Uber com cobertura para acidentes pessoais (APP) no valor mínimo de R\$ 50 mil por cada passageiro, para morte e invalidez e qualquer outra cobertura é opcional. Além disso, também é obrigatório apresentar o bilhete quitado do ano corrente do seguro de Danos Pessoais Causados por Veículos Automotores de Via Terrestre (DPVAT) (SALES, 2016, *on line*).

Esse seguro, é mais caro justamente pela natureza comercial da utilização do carro, passando a proteger o motorista de eventuais incidentes de trânsito, como indenização por invalidez permanente ou morte (CRUZ, 2015, *on line*).

Vale ressaltar, que o motorista não pode procurar o seguro para taxi, já que a Uber considera que presta um serviço diverso, um serviço de tecnologia, além disso, como o motorista do aplicativo não é considerado funcionário e sim um parceiro da empresa, esse que deve por conta própria investir e se responsabilizar pela contratação do seguro (CRUZ, 2015, *on line*).

4.4 Vínculo de emprego

Uma discussão importante trazida por essa nova dinâmica social diz respeito a existência ou não de vínculo de emprego entre os motoristas e a empresa Uber. Essa questão está presente na maioria dos países em que há atividades da empresa.

Nos Estados Unidos, por exemplo, a Comissão Trabalhista da Califórnia considerou os motoristas da Uber de São Francisco como funcionários da empresa e não como trabalhadores autônomos. O caso teve início com ação movida por uma motorista, que requereu à empresa dinheiro para cobrir os custos existentes durante a condução dos passageiros. A motorista só teria direito a indenização caso houvesse vínculo com a Uber. A Comissão concluiu que a empresa controla as ferramentas que os motoristas usam, monitora seus índices de aprovação e encerra seu acesso ao sistema se os *ratings* ficarem abaixo de 4,6 estrelas, concluindo então que há vínculo de emprego entre os motoristas e a empresa, em razão desta estar envolvida em todos os aspectos da operação do aplicativo. Estabelecido o vínculo, a Uber deverá arcar com tais custos, bem como tutelar direitos trabalhistas dos motoristas. Essa decisão configurou o vínculo apenas com os motoristas de São Francisco, mas facilitou que de agora em diante mais trabalhadores movam ações para buscar tais direitos (TI INSIDE, 2015, *on line*).

No Brasil, ainda não foi decidido acerca da existência ou não desse vínculo. No entanto, segundo as leis brasileiras, só há relação de emprego se existentes as seguintes características: subordinação jurídica, habitualidade, onerosidade, pessoa física e pessoalidade.

No entanto, em uma análise rápida poderia se afirmar não existe a subordinação entre os motoristas e a empresa, visto que aqueles podem escolher se irão ou não se conectar ao aplicativo, bem como o momento em que irão fazê-lo tendo, pois, há essa liberdade de escolha, o que demonstra uma autonomia do motorista, e a avaliação da empresa não configuraria por si só uma subordinação. Porém, é verdade que as revoluções tecnológicas e as transformações no mundo do trabalho exigem uma permanente transformação jurídica com intenção de se enquadrar nas realidades mutáveis, por exemplo sabe-se que o teletrabalho é hoje uma realidade para muitos trabalhadores, e que a distância ou o desconhecimento do emissor da ordem de comando não diminuem ou retiram a subordinação jurídica da relação de emprego (RABAY; MARTINEZ, 2015, *on line*).

Nesse sentido, é possível haver subordinação e controle mesmo que não haja o contato direto. O teletrabalho constitui forma de organização e/ou realização do trabalho, utilizando as tecnologias de informação por meio de um contrato ou de uma realização de trabalho, na qual um trabalho efetua-se fora dos locais da empresa de forma regular, não devendo ser confundido com o trabalho domiciliar, ainda que ambos sejam espécies do gênero trabalho a distância (REIS; MELLO; COURA, 2013).

Vale ressaltar, que a subordinação jurídica pode ser evidenciada não apenas na tarefa realizada ou na sua fiscalização, mas essencialmente pelo trabalhador está inserido na dinâmica e estrutura da empresa. Assim, as atividades desenvolvidas pelo empregado estão inseridas na dinâmica da empresa, sendo essa, a classificação de subordinação estrutural trazida por Delgado (2015). Segundo o autor:

Estrutural, é pois, a subordinação que se manifesta pela inserção do trabalhador na dinâmica do tomador de seus serviços, independentemente de receber (ou não) suas ordens diretas, mas

acolhendo, estruturalmente, sua dinâmica de organização e funcionamento. (DELGADO, 2015, p.314).

Assim, a avaliação que a empresa faz sobre o motorista pode caracterizar uma subordinação, visto que há o controle de qualidade. Ademais, os motoristas devem aderir às normas de comportamento e vestuário, fornecendo água para os clientes e utilizando terno, por exemplo.

Deve-se ressaltar que a maioria dos países onde a Uber opera não possuem decisão consolidada a respeito dessa questão (GAZETA DO POVO, 2015, *on line*).

A existência ou não do vínculo de emprego traz consequências de suma importância, visto que, caso haja o vínculo, o aplicativo teria que dar amparo a diversas situações e direitos trabalhistas, como o seguro-desemprego, previdência, as férias, as indenizações, entre muitos outros. Sem a existência do vínculo, os motoristas se responsabilizam inteiramente com as custas do veículo e da corrida, bem como com eventuais problemas que venham a ocorrer com os passageiros, como no caso de necessidade de indenizações por questões morais ou matérias.

Dessa forma, a configuração de emprego alteraria diversas questões envolvendo os motoristas e os passageiros, o que demonstra a importância de uma verificação mais cuidadosa dessa questão, diante das enormes mudanças que ela representa.

4.5 Discriminação indireta

A forma de avaliação dos motoristas que prestam o serviço do aplicativo Uber pode trazer sérios problemas, visto que os motoristas podem ser vítimas de discriminação indireta durante essas avaliações.

A discriminação pode ocorrer de forma direta ou indireta. A direta é um tipo de discriminação intencional, ou seja, o indivíduo a comete de forma consciente, explícita e confessada, praticando atos de distinção, exclusão ou preferência fundadas em origem, raça, sexo, cor, idade ou outras formas vedadas de discriminação, que vão de encontro aos direitos fundamentais dos indivíduos (OIT, 1960, *on line*).

Esse tipo de discriminação pode ocorrer em diversas situações, como em anúncios de emprego em que só se aceite mulheres brancas, quando uma pessoa diretamente trata outra de forma diferente, a impedindo de entrar em uma festa, por exemplo, por a considerar inferior em razão da cor de sua pele, entre outras muitas situações. Já a discriminação indireta não é assumida, consciente nem explícita.

Segundo Rios (2008, p.23), “a discriminação indireta é a realização de atos visualmente neutros, “não intencionais”, sendo estes os casos que requerem uma maior tenção, eis que existem dificuldades ao que tange a comprovação de tais discriminações”.

Essa discriminação acontece quando o indivíduo, ao julgar determinadas situações,

inconscientemente, considerando seus preconceitos e pensamos mais profundos, age de forma a discriminar outra pessoa, mesmo que involuntariamente. Ela ocorre em atos que aparentemente estão corretos e sem discriminação mas que, inconscientemente, fomentam-se preconceitos e estereótipos socialmente não aceitáveis, que podem resultar na discriminação. Esse tipo também ocorre em diversas áreas, por exemplo, no caso de um segurança de banco que só revista pessoas brancas, não as discriminando de forma direta, mas por, inconscientemente, ter em mente que os negros são mais propícios a cometer crimes, o que é um caso de discriminação indireta; nesse exemplo, provar que houve discriminação é extremamente difícil, visto que não ocorreu um ato confessado, mas é possível ver sua existência utilizando estatística, na medida em que 90% dos barrados são negros.

No caso do Uber, em que não há regulamentação específica, uma forma de controle da segurança desse sistema é o fato de os próprios passageiros, ao fim da corrida, avaliam os motoristas pelo próprio aplicativo, considerando a performance do motorista, a qualidade do serviço e a qualidade do carro. Caso os motoristas não possuam a nota mínima de avaliação, serão excluídos da plataforma do aplicativo. Esse modelo de *feedback* de Uber, que exige que os motoristas a manter uma pontuação mínima ou ser expulso do serviço, podem legitimar discriminações implícitas ou explícitas, que impede, por exemplo, que se identifique se uma minoria racial teve uma eventual pontuação baixa pela sua condição racial ou pelo seu trabalho.

Nesse sentido, a forma de avaliação dos motoristas da Uber pode trazer uma insegurança e um risco a atividade presada, pois tais motoristas podem ser vítimas de discriminação indireta. Caso o motorista venha a ser excluído do aplicativo, ele sofrerá grandes prejuízos, visto que perderá sua fonte de renda devido a um ato inconstitucional de discriminação. Isso demonstra o fato de que a auto-regulamentação do Uber precisa de maiores investigações acadêmicas quanto ao seu enquadramento na licitude.

Referências

- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 1988.
- BRASIL. Lei n.º 1.468, de 26 de agosto de 2011. Regulamenta a profissão de taxista, altera a Lei n.º 6.094, de 30 de agosto de 1974. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2011-2014/2011/Lei/L12468.htm> Acesso em: 02 maio 2016.
- CABRAL, Magali. **Fase de Maturação**. jun.2015. Disponível em: <<http://www.pagina22.com.br/2015/06/03/fase-de-maturacao/>>. Acesso em: 02 mar. 2016.
- CARPANEZ, Juliana; FERREIRA, Lilian. **Chegou a hora?** Disponível em: <<http://tab.uol.com.br/economia-compartilhada/>>. Acesso em: 26 fev. 2016.
- CHASE, Robin. **Economia compartilhada**: como pessoas e plataformas da Peers Inc. estão reinventando o capitalismo. São Paulo: HSM Educação Executiva. 2015.
- CRUZ, Amanda. Carro do Uber deve ter seguro. **Revista Apólice**, out. 2015. Disponível em: <<http://revistaapolice.com.br/2015/10/carro-do-uber-deve-ter-seguro/>>. Acesso em: 11 maio 2016.

- DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 14.ed. São Paulo: LTr, 2015.
- DYAL-CHAND, Rashmi. Regulating sharing: the sharing economy as an alternative capitalist system. **Tulane Law Review**, v. 90, n.2, p.241-309, dez. 2015.
- GANSKY, Lisa. **The mesh: why the future of business is sharing**. New York: Portfolio/Penguin, 2010.
- GAZETA DO POVO. **Aplicativo de caronas pagas, UBER, é banido em toda Alemanha**. set. 2014. Disponível em: <www.gazetadopovo.com.br/tecnologia/aplicativo-de-caronas-pagas-uber-e-banido-em-toda-a-alemanha/-ecxn2g0x6nvt8w4c49f11kcwe/> Acesso em: 22 fev. 2016.
- GAZETA DO POVO. **Vínculo entre Uber e motoristas causa dúvidas**. Set. 2015. Disponível em: <<http://www.gazetadopovo.com.br/economia/vinculo-entre-uber-e-motoristas-causa-duvidas-dw19q550j5ryxcdoq5uaqb83>> Acesso em: 22 fev. 2016.
- JUNIOR, Alessandro. **Uber vs. táxi: os custos operacionais**. jul. 2015. Disponível em: <www.showmetech.com.br/uber-vs-taxi-os-custos-operacionais/>. Acesso em: 23 fev. 2016.
- LEDO, Wilson. **IMT considera que actividade da Uber é ilegal em Portugal**. dez. 2014. Disponível em: <www.jornaldenegocios.pt/empresas/detalhe/imt_considera_que_actividade_da_uber_e_ilegal_em_portugal.html> Acesso em: 21 fev. 2016.
- LOUCKS, Talia G. Travelers beware: tort liability in the sharing economy. **Washington Journal of Law, Technology & Arts**, v.10, n.4, p.329-342, 2015.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO - OIT. **Convenção 111**, 15 de julho de 1960. Disponível em: <http://www.relacoesraciaisnaescola.org.br/site/pdfs/conv_111.pdf>. Acesso em: 23 fev. 2016.
- POSEN, Hanna. **Ridesharing in the sharing economy: should regulators impose Uber regulations on Uber?** Iowa: Law Review, 2015.
- POZZI, Sandro. Uber ultrapassa táxis amarelos de NY. **El País**, Economia, Nova York mar. 2015. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/03/18/economia/1426687062_922621.html> Acesso em: 02 maio 2016.
- RABAY, Dario; MARTINEZ, Aldo Augusto. **Motoristas do Uber: Empregados ou Autônomos?** Out. 2015. Disponível em: <<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/motoristas-do-uber-empregados-ou-autonomos/>> Acesso em: 03 mar. 2016.
- RANCHORDÁS, Sofia. Does Sharing Mean Caring? Regulating Innovation in the Sharing Economy. **Minnesota Journal of Law, Science e Technology**, v.16, n.1, p.413-475, set. 2014. Disponível em: <<https://conservancy.umn.edu/bitstream/handle/11299/172061/Ranchord%C3%A1s.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 03 fev. 2016.
- REIS, Daniela; MELLO Roberta; COURA, Solange. **Trabalho e justiça social: um tributo à Maurício Godinho Delgado**. São Paulo: LTr, 2013.
- RIFKIN, Jeremy. **Sociedade com custo marginal zero: a internet das coisas, os bens comuns colaborativos e o eclipse do capitalismo**. São Paulo: M. Books, 2015. 400p.
- RIOS, Roger. **Direito da antidiscriminação: discriminação direta, indireta e ações afirmativas**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- ROCHA, Leonardo. **Uber fecha acordo com família de garotinha atropelada por motorista nos EUA**. Jul. 2015. Disponível em: <<http://www.tecmundo.com.br/uber/83245-uber-fecha-acordo-familia-garotinha-atropelada-motorista-eua.htm>>. Acesso em: 17 fev. 2016.
- SALES, Fernanda. **Seguro Auto para Uber: como funciona?** Jan. 2016. Disponível em: <<https://www.comparaonline.com.br/blog/seguros/seguro-auto/2016/01/seguro-auto-para-uber-como-funciona/>>. Acesso em: 11 maio 2016.
- SARMENTO, Daniel. **Ordem constitucional econômica, liberdade e transporte individual de passageiros: o “caso Uber”**. 2015 Disponível em: <<http://s.conjur.com.br/dl/paracer-legalidade-uber.pdf>> Acesso em: 04 mar. 2016.
- TAVARES, André. **Parecer jurídico**. 2015. Disponível em: <<http://static1.squarespace.com/static/565cd127e4b09e25856a0fcc/t/5665e22ed8af1088bcd489d3/1449517614071/Doc+1.pdf>>. Acesso em: 04 mar. 2016

TI INSIDE. **Comissão Trabalhista da Califórnia define que motorista do UBER tem vínculo empregatício.** Jun. 2015. Disponível em: <<http://convergecom.com.br/tiinside/17/06/2015/comissao-Dda-california-considera-que-motorista-do-uber-tem-vinculo-empregaticio-com-o-servico/>>. Acesso em: 22 fev. 2016.

UBER NEWSROOM. **Como se tornar um motoristas parceiro da Uber.** Disponível em: <<https://newsroom.uber.com/brazil/como-se-tornar-um-motorista-parceiro-da-uber/>>. Acesso em: 02 fev. 2016.

VIANA, Diego. **O furo do capitalismo.** Jun 2015. Disponível em: <<http://pagina22.com.br/2015/06/03/o-furo-do-capitalismo/>> Acesso em: 02 mar. 2016.

globalização com força de proporcionar uma revolução dos paradigmas que sustentam os direitos sociais, principalmente os trabalhistas.

Estuda-se, então, a descrição da sociedade, de tal modo que se tenha aporte teórico bem marcado para a formação da base do que se exporá. Assim, tem-se a Teoria dos Sistemas de Niklas Luhmann³ como fator para tal, haja vista sua visão sistêmica da sociedade e sua inclusão, ainda, de pressupostos para um estudo da esfera pública, os quais serão de significativa importância para se concluir a possibilidade dos efeitos ocasionados pelas mudanças de paradigmas que se apresenta. Neste caso, faz-se, com as devidas adequações, uso da teoria das revoluções na estrutura científica apresentada por Thomas Kuhn, a qual apresenta o papel dos paradigmas na ciência e o modo pelo qual eles sofrem revoluções.

Ademais, no mesmo sentido, apresenta-se, sob a ótica de Daniel Sarmento, um caminho histórico percorrido pelas revoluções dos paradigmas dos direitos fundamentais. Assim, passa-se ao estudo da transição do paradigma liberal ao pós-social para se manter nos objetivos do presente trabalho. Nesse último caso, tem-se em destaque o fenômeno da precarização das relações de trabalhos, cujo surgimento tornou-se possível diante do atual estágio da globalização na sociedade moderna.

Apresentados esses aportes teóricos, inicia-se um estudo sobre o principal evento dessa precarização, que é o *dumping* social, cujo maior potencial é o de gerar mudanças nos paradigmas dos direitos sociais, principalmente os trabalhistas.

Face disso, faz-se pesquisa de cunho pragmático, na qual se extrai casos paradigmáticos na União Europeia.

Ao final, após o levantamento das premissas necessárias à estruturação do trabalho, define-se o problema.

2 O direito do trabalho na sociedade moderna

Tratar do sugerido tema requer interdisciplinaridade entre os sistemas da sociedade, como a política, o direito e a economia. Niklas Luhmann, sociólogo alemão, teve influência de Talcott Parsons e de sua Teoria dos Sistemas. Nesse sentido, Luhmann pesquisou e estruturou sua versão dessa teoria, ainda concebendo a sociedade estruturada sistemicamente, composta por seus diversos subsistemas, incluindo o direito, com pretensões de atualização da sociologia, inclusive a de seu precursor, Parsons, seguindo no ramo de tirar de plano teorias que incluem o indivíduo como elemento da sociedade.

Pode-se trazer ideias de mudança de paradigmas para propor uma transformação por meio da

³ Tal teoria não poderá ser apresentada minuciosamente neste trabalho, tendo que ser esclarecido aqui que muito do que se apresentará estará carregado de pressupostos que são melhor apresentados em obras do próprio pensador, Luhmann, e de seus expoentes no Brasil, como Marcelo Neves e Orlando Villas Bôas Filho.

esfera pública, principalmente a do direito, mediante a sociedade moderna e globalizada.

Com isso posto, abre-se espaço para a precarização do trabalho surgir com força de torná-la tema de efeitos globais e de ampla discussão, tendo seu principal evento, o *dumping* social, como um forte fator de irritação do direito.

2.1 A esfera pública luhmanniana

Nesse sentido, procura-se entender, à luz do referido sociólogo, o papel da esfera pública na sociedade contemporânea funcionalmente diferenciada.

Destarte, Luhmann, em contraposição à tradição que trata do tema⁴, com esteio no que entende por sociedade moderna funcionalmente diferenciada, concebe a esfera pública como âmbito de autorreflexão de cada subsistema (RIBEIRO, 2012, p. 182).

Especificamente, Luhmann declara: “Pode-se então definir a esfera pública [...] como a reflexão sobre cada fronteira sistêmica interna à sociedade, ou, dito de outra forma, como o ambiente social interno dos subsistemas sociais” (2011a, p. 168).

A título de complementação, tem-se que essa atividade possibilita ao sistema a administração dos aspectos do ambiente que pode levar em consideração por meio do aumento de sua capacidade de irritabilidade e ressonância (BÔAS FILHO, 2009, p. 110). E isso tem importância em razão de se falar na teoria luhmanniana de sistemas autorreferentes, os quais podem “organizar e mudar suas estruturas a partir de suas referências internas, produzir seus elementos e determinar suas próprias operações” (GONÇALVES E BÔAS FILHO, 2013, p. 43).

Isso porque, embora o sistema seja autônomo em seu funcionamento, ele não ignora o ambiente. Não se trata de intervenção ou instrumentalização intersistêmica (corrupção sistêmica), mas de mera irritação ou sensibilidade. Assim, por exemplo, o direito sofre irritações da política, da economia, da ciência, etc. Caso contrário, seria incompatível a ideia de Luhmann sobre autopoiese dos sistemas sociais e, por conseguinte, a identidade do sistema e seu fechamento operacional (*ibidem*, p. 135). Desse modo, não há nenhuma sobreposição, por exemplo, do código poder/não poder político sobre o código lícito/ilícito jurídico.

Em termos mais luhmannianos, o sistema, além de possuir fechamento operativo, possui abertura cognitiva ao ambiente. E isso importa porque, na verdade, “as transformações das estruturas, que só podem ser efetuadas dentro do sistema (de modo autopoietico), não se produzem ao bel-prazer

⁴ A ideia tradicional que se lança sobre o conceito de esfera pública é bem representada por Habermas, quando afirma que ela está em graus superiores, nos quais se articula uma consciência da sociedade inteira (2000, p. 522), o que seria impossível sob a ótica sistêmica luhmanniana, posto que esta pressupõe sistemas autônomos diferenciados funcionalmente (na sociedade moderna), de modo que se torna impossível um sistema descrever outro, senão si mesmo.

do sistema, mas devem se afirmar em um meio que o próprio sistema não pode perscrutar totalmente" (LUHMANN, 2011b, p. 128-129), o que é possibilitado pela abertura cognitiva.

Essa relação entre sistema e ambiente é chamada de acoplamento estrutural, que significa uma espécie de canal entre sistemas por meio do qual ocorrem irritações sobre as quais caberá ao sistema decidir o que fazer. Ativa-se, então, incessantemente, a capacidade de ressonância sistêmica (*ibidem*, p. 137).

2.1.1 Economia

Face dessa relação, restringindo-se ao que importa para este trabalho, é forçoso afirmar que o direito recebe irritações da economia, sistema que será apresentado aqui para se entender a razão econômica do *dumping* social, considerando que ele tem como ambiente interno e esfera pública o mercado (LUHMANN, 2011a, p. 169). Tem como código operacional o ter/não ter que é a relação na qual se encontra o participante da economia face a todos os bens que podem ser objetos de propriedade, de modo que a propriedade de Alter é necessariamente a escassez de Ego. Com o advento de uma moeda comum de troca, o dinheiro, o ter/não ter tornou-se pagar/não pagar, porque se tem ou não se tem determinada quantidade de dinheiro, e esta operação é orientada por um programa, que, no caso do sistema econômico, é o preço, o qual motivará ou não um pagamento (CORSI, ESPOSITO E BARALDI, 1996, p. 70). Ou seja, o preço, conforme Luhmann, permitirá a formação de expectativas sobre a quantidade que se terá que pagar e permitirá a comunicação entre os atores econômicos sobre isso (2013, p. 8).

É importante apresentar o destaque que o referido autor estende ao sistema econômico, que é o critério da ganância. Assim, considerando que existe uma relação na qual o pagamento de Alter destinado a Ego possibilita a este um futuro pagamento, já que, agora, possui dinheiro, a ganância é o elemento que proporciona, indiretamente, que Alter, mesmo se relacionando economicamente com Ego, continue a ter dinheiro e, conseqüentemente, mais condições de pagamento. E isso merece ser dito porque é a partir desse critério que o sistema econômico ganha independência no sentido luhmanniano, visto que assegura sua autopoiese, já que quem paga sob esse critério consegue o aumento no número de possibilidades próprias de pagamento (*ibidem*).

Tal independência não significa, outrossim, fechamento cognitivo ao ambiente, mas apenas recursivo. Isto é, o sistema se reproduz a partir de seus próprios recursos e elementos, mas não significa que seja totalmente alheio ao seu ambiente, pois possui abertura cognitiva a ele, como explicado no tópico anterior. Sendo assim, tem-se o mercado como esfera pública que administrará as irritações que a economia sofrerá e fará ressonância. Desse modo, afirma Luhmann que a clausura operacional econômica não impede a existência de razões ou finalidades para a realização de pagamentos que se

encontra fora desse sistema, e elas podem ser diversas, mas sempre ligadas à ideia de necessidade, a qual pode estar ligada àquelas básicas humanas, àquelas que surgem apenas se se tem dinheiro disponível para satisfazê-las⁵ ou àquelas que demandam por energia, insumos⁶ e mão de obra (*ibidem*, p. 10-11). Estas últimas, necessidades de produção, configuram-se mais propriamente como econômicas porque são as que mais permitem novos pagamentos e, assim, a complexificação das relações econômicas, resultando na evolução do sistema.

Destarte, já é possível imaginar que a esfera pública da economia – mercado – influenciará o preço – programa –, cuidando da função que tal sistema possui, qual seja, a administração da escassez. Em tópico posterior, será abordado o acoplamento estrutural entre economia e direito.

2.1.2 Direito

A experiência humana chegou a um ponto em que suas relações com o mundo se tornaram suficientemente complexas e contingentes ao ponto de demandarem por formas de atenuação desses problemas. Luhmann aponta que uma estrutura de expectativas foi a solução encontrada.

Por complexidade, o autor entende que se trata de situação na qual existem mais possibilidades do que se pode realizar (1983, p. 45). Por contingência, entende que é o fato de que as possibilidades que se têm podem ser diferentes das que se esperava ter (*ibidem*), isto é, o que é é, mas poderia ser diferente. E as estruturas de expectativas serviriam para orientar nessa seleção de possibilidades, de modo que se mantenha uma estabilização do que esperar que aconteça.

A questão mais importante é a consideração da convivência com humanos, onde os tomam como "fontes eu-dênticas⁷ da experimentação e da ação originais" (*ibidem*, p. 46). Sobre isso, Luhmann explica:

As possibilidades atualizadas por outros homens também se apresentam a mim, também são minhas possibilidades. A propriedade, por exemplo, só tem sentido como defesa nesse contexto. [...] Com isso adquiro a chance de absorver as perspectivas dos outros, ou de utilizá-las no lugar das minhas, de ver através dos olhos dos outros, de deixar que me relatem algo, e dessa forma ampliar meu próprio horizonte de expectativas sem um maior gasto de tempo. Com isso alcanço um imenso aumento da seletividade imediata da percepção (*ibidem*, p. 46-47).

Isto significa que, ao conviver com outros homens, também se têm suas possibilidades como parte daquelas que me são possíveis de considerar e criar expectativas sobre. Sendo assim, explicando o exemplo da propriedade acima, caso se considera que Alter tem a possibilidade de lesá-la, Ego, considerando essa seleção de Alter, tem a defesa da propriedade como uma possibilidade a ser

⁵ Luhmann as entende como necessidades de luxo (2013, p. 11).

⁶ Tradução livre do termo *materiales* contido na fonte em espanhol.

⁷ Compreendido, aqui, como "um outro eu"

esperada. Quer dizer, Ego cria uma expectativa de defesa da propriedade pois considera que Alter possa lesá-la.

Essa explicação demonstra uma situação que Luhmann alerta como "potenciação do risco" (*ibidem*, p. 47), pois o problema da contingência dito acima é duplicado quando se considera as possibilidades de outros homens. O autor chama isso de "dupla contingência", pois se reconhece e se absorve as perspectivas dos outros como minhas próprias, visto que há o reconhecimento do outro como um outro eu (*ibidem*).

Diante de tudo isso, a redução dessa complexidade e contingência se faz pela criação de expectativas que merecem ser mantidas estáveis. Quer dizer, não podem ser desapontadas. E considerando atores que têm liberdade de comportamento, tem-se o problema da dupla contingência, sobre o qual se fala em expectativas de expectativas, ou seja, Ego tem expectativa da seleção de Alter, já que este também possui considerável quantidade de comportamentos a serem escolhidos, mas, além disso, Ego também tem expectativas das expectativas que Alter possui. Nas palavras de Luhmann: "Para o controle de uma complexão de interações sociais não é apenas necessário que cada um experimente, mas também que cada um possa ter expectativa sobre a expectativa que o outro tem dele" (*ibidem*, p. 47-48).

Isso é importante porque os atores sociais podem direcionar seus comportamentos apenas com base nessas expectativas, sem precisar verificar verbalmente com os outros o que eles esperam dele. Sendo assim, por exemplo, quem faz uma compra realiza o pagamento e cria expectativa de que o devedor realize a prestação, enquanto que, ao mesmo tempo, o credor possui expectativa de que o devedor tem a expectativa de que o comprador quer a realização daquela prestação. Se não for assim, a realização dessa compra não faria sentido, pois se o credor não tiver expectativa de que o devedor tem a expectativa de que o comprador quer receber aquela prestação, tudo não passa de uma doação.

Esse panorama apresentado é apenas o demonstrativo de uma relação simples de comunicação entre duas pessoas. Luhmann apresenta uma infinidade de níveis a que podem ser alcançados pelas relações sociais com o seguinte:

É necessário considerar ainda que existem um terceiro, um quarto, e outros planos da reflexividade, ou seja expectativas sobre expectativas de expectativas... E isso tudo com relação a uma multiplicidade de temas, frente a uma multiplicidade de pessoas, e com uma relevância constantemente em alteração conforme cada situação (*ibidem*, p. 49).

É aí que entra em cena o direito, pois tem o papel de manter essas expectativas estáveis. Melhor dizendo, este possui a função de manter estáveis aquilo que Luhmann entende em sua teoria como "expectativas normativas congruentemente generalizadas". Para isso, tal sistema faz uso de seu código binário lícito/ilícito orientado por seu programa, que se trata de um programa condicional, que é assim

considerado: “Sua forma básica é a seguinte: se forem preenchidas determinadas condições (se configurado um conjunto de fatos precisamente definidos), deve-se adotar uma determinada decisão” (LUHMANN, 1985, p. 28).

Destarte, conforme os resultados do acoplamento estrutural com os outros sistemas do ambiente do direito, a esfera pública deste, conforme as características já descritas, transforma seu programa condicional para o bom desenvolvimento de sua função. As expectativas a serem estabilizadas são articuladas e o programa deverá suprir essa demanda.

2.1.3 Acoplamento estrutural entre economia e direito

Luhmann descreve dois mecanismos de acoplamento estrutural entre o direito e a economia. Um deles é a propriedade⁸ e o outro é o contrato⁹ (2016, p. 608). Anteriormente, aquela foi citada. Foi possível observar que ela tanto é primordial para o desenvolvimento das comunicações econômicas, sendo esse o seu aspecto econômico, quanto é manifestação do direito, no sentido de que aquele que tem a propriedade tem expectativa normativa que seus bens não são de mais ninguém, sendo esse seu aspecto jurídico. Sobre este aspecto, o pensador resume:

A propriedade é uma forma de observação dos objetos baseada numa distinção específica – precisamente na distinção de proprietários distintos, o que pode significar domínio sobre as coisas, possibilidade de disposição ou qualquer outra coisa [...]. Uma exigência de distinção de proprietários é a proibição da expropriação violenta e de esta ser sancionada pelo direito (ibidem, p. 609-610).

E tratar da propriedade estende-se a tratar do contrato, tendo em consideração de que é necessário distinguir a situação de propriedade antes e depois das transações econômicas, ou seja, é exigido saber quem é o proprietário de algo antes e depois dessas transações, e a essa exigência se dá o nome de contrato (*ibidem*, p. 611-612). Então, enquanto o contrato, encarado do ponto de vista econômico, preocupa-se com quem tem a propriedade temporalmente, o ponto de vista jurídico sobre ele “persiste como uma forma para o surgimento de obrigações” (*ibidem*, p. 623).

Haja vista esse acoplamento estrutural entre o direito e a economia proporcionado pela propriedade e pelo contrato, ambos os sistemas se irritam, ou, em outras palavras, se sensibilizam. A esfera pública de cada um arcará com o papel de administrar que aspectos do ambiente levará em consideração para atualizar seu programa e se orientar. Essa capacidade de ressonância sistêmica permite, no caso que interessa, que a economia, face ao contrato como meio de acoplamento estrutural com o direito, possa, através do mercado como sua esfera pública, atualizar seus preços. Já quanto ao

⁸ Sobre análise histórica da propriedade como acoplamento estrutural entre direito e economia (Cf. LUHMANN, 2016, p. 613-615).

⁹ Sobre análise histórica do contrato como acoplamento estrutural entre direito e economia (Cf. LUHMANN, 2016, p.616-622).

direito, face ao contrato como meio de acoplamento estrutural com a economia, permite que possa, através de sua esfera pública, atualizar seu ordenamento jurídico. E é justamente sobre essa possibilidade de mudança do programa condicional do direito que se desenvolverá o presente trabalho.

2.2 Globalização, paradigma pós-social e precarização do trabalho

Como o recorte de exposição que foi definido se limita a debater uma dimensão laboral, torna-se mister, para as finalidades deste artigo, descrever como o programa deste fora pontuado quando se trata de direitos do trabalhador.

Ao se falar nesses tipos de direitos, faz-se análise de uma relação jurídica contratual entre o tomador e o prestador de serviços, em termos grosseiros. Na mesma linha do que foi tratado sobre o contrato como mecanismo de acoplamento estrutural entre o direito e a economia, ambos os agentes participantes possuem, de um ponto de vista econômico, orientações marcadas pelo critério da ganância. Seguindo esse raciocínio, o contrato, observado, agora, de um ponto de vista jurídico, conterà as obrigações contraídas por cada parte, e a medida dessas obrigações será resultado das irritações entre o direito e a economia administradas pela esfera pública de ambos.

Em termos mais simples, pode-se dizer que se trata de um conflito social que, no tempo, são, claro, dinâmicos. E eles são protagonizados por sujeitos que têm interesses contrários na relação de trabalho, que demanda prestações jurídicas (LOPEZ, 2001, p.18), as quais regularão a relação jurídica contratual entre estes sujeitos. Esses interesses podem ser expostos da seguinte forma:

Estrutural e esquematicamente, o interesse do empresário na relação de trabalho coincide, em termos absolutos, com o prolongamento dos tempos de trabalho, que redundará no acréscimo de produtividade e na moderação dos salários, com a respectiva repercussão na limitação dos custos de produção. Actuando sobre quantidades e custos do produto, o empresário deverá conseguir, logicamente, maiores benefícios no mercado. Pelo contrário, o interesse dos trabalhadores manifesta-se pela reivindicação de salários cada vez mais elevados que lhes permitam preservar as suas economias familiares da agressão inflacionista e de outros agentes nocivos, e de jornadas laborais progressivamente mais reduzidas, procurando incrementar, assim, os espaços dedicados ao descanso, ao ócio ou à cultura. (ibidem).

O direito do trabalho possui o papel de regular essa relação conflituosa mantendo estáveis as expectativas que tais atores contêm. Mas também não se pode deixar de mencionar que o sistema político também possui uma participação nesse acoplamento estrutural entre direito e economia, embora nem sempre tenha sido assim, historicamente falando. As meras declarações contratuais entre as partes isoladamente consideradas tiveram peso menor na definição do direito que regulará a relação de trabalho, tendo em consideração que este direito assumirá uma das possíveis formas permitidas pelas decisões coletivamente vinculantes da política.

Nesse diapasão, o programa condicional que regula tal relação é dinâmico, assim como o próprio conflito social já abordado. E o que representa a mudança dele é a mudança de paradigmas, a qual será

descrita a seguir e faz parte desse conflito, donde emanam os tipos de expectativas que deverão ser estabilizadas pelo sistema jurídico. Na verdade, a esfera pública jurídica, administrando a irritabilidade do ambiente, proporcionará a evolução deste sistema dando respostas a essas expectativas, resultando na construção de um programa condicional adequado, com base no qual se perceberá uma mudança de paradigma.

Para isto, tem-se como referência o estudo realizado por Thomas Kuhn acerca da estrutura das revoluções científicas, que foi interpretado e aplicado ao estudo do direito por Daniel Sarmento através da discussão sobre os direitos fundamentais.

De início, considera-se importante apresentar, em linhas gerais, o que Kuhn queria dizer com essa estrutura. Assim, ele se apresenta contra a ideia de que o conhecimento da ciência se faz por acumulação. Entende que normalmente as teorias apresentadas não são meros avanços, mas contestam radicalmente teorias anteriores. Reflete sobre o que se baseia a “ciência normal”, concluindo na participação de paradigmas, os quais têm o papel de criar o comprometimento e o consenso de pesquisadores dessa ciência com as mesmas regras e padrões (1998, p. 30-31). Kuhn ainda acrescenta:

Esses compromissos proporcionam ao praticante de uma especialidade amadurecida regras que lhe revelam a natureza do mundo e de sua ciência, permitindo-lhe assim concentrar-se com segurança nos problemas esotéricos definidos por tais regras e pelos conhecimentos existentes (*ibidem*, p. 65-66).

Por fim, em capítulo próprio, apresenta o que reconhece ser uma revolução científica, onde é bem objetivo ao afirmar que ela ocorre em momentos nos quais “um paradigma mais antigo é total ou parcialmente substituído por um novo, incompatível com o anterior” (*ibidem*, p. 125).

Considerando esses pressupostos, Daniel Sarmento desenvolve uma apresentação das mudanças ocorridas historicamente nos direitos fundamentais, tendo enfoque nas relações de trabalho. Com efeito, inicia abordando o paradigma liberal, que traz em seu bojo a ideia de direitos inatos que devem ser respeitados pelo Poder Público (2004, p. 377). “Era necessário proteger o indivíduo do despotismo do Estado, garantindo-lhe um espaço de liberdade inexpugnável” (*ibidem*, p. 378), acrescenta. Sendo assim, Sarmento reconhece:

O essencial era salvaguardar as liberdades privadas do indivíduo, o que impunha o estabelecimento de limites ao exercício do poder político. O Estado era visto como um adversário da liberdade, e por isso cumpria limitá-lo em prol da garantia dos direitos do homem (*ibidem*, p. 379).

Quanto à economia, havia uma grande abstenção política, proporcionando grande liberdade entre os atores do referido sistema, restando ao direito um programa baseado em ordens eminentemente privadas, de modo que o contrato da relação de trabalho não tinha formas possíveis e limitadas estabelecidas pela política, como apontado anteriormente.

Em seguida, o individualismo exacerbado é questionado pelo marxismo, pelo socialismo utópico e pela doutrina social da Igreja (*ibidem*, p. 386). A revolução que substituiu o paradigma liberal pelo social foi ocorrendo na medida em que ia se consolidando a “convicção de que, até para o efetivo desfrute dos direitos individuais [...], era necessário garantir condições mínimas de existência para cada ser humano” (*ibidem*, p. 387). Sarmiento, ademais, expõe outro fator dessa revolução:

A extensão paulatina do direito de sufrágio a parcelas cada vez mais amplas da população acabava permitindo que demandas por mudanças no status quo também viessem à tona no universo normativo. A democratização política rompera a hegemonia absoluta da burguesia no Parlamento, abrindo caminho, no plano político, para a afirmação das necessidades dos extratos mais desfavorecidos da população. Surge então, na virada para o séc. XX, o Estado do Bem-Estar Social, e com ele, a consagração constitucional de uma nova constelação de direitos, que demandam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para a população. (*ibidem*, p. 387-388)

No mais, chegando ao ponto que interessa para este trabalho, o referido autor apresenta um novo estágio de paradigma, o pós-social, o qual teve decisiva influência da globalização para a sua eflorescência e vem sendo, aos poucos, recepcionado para a reformulação dos programas jurídicos. Segundo a ótica de Sarmiento:

Sob o impacto da globalização, o Estado se debilita, na medida em que vai perdendo o domínio sobre as variáveis que influem na sua economia. Deteriora-se a sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas, de regulamentação e fiscalização do seu mercado interno, e com isso o seu poder de garantir a eficácia dos direitos sociais (*ibidem*, p. 396).

Já se torna insustentável manter o contrato da relação de trabalho nos limites e possibilidades ventilados pelo paradigma social. Os efeitos da globalização desterritorializaram ainda mais as comunicações econômicas. Consequentemente, as obrigações assumidas contratualmente sob a perspectiva do paradigma retro são, do ponto de vista econômico, contraprestações que podem, facilmente, ser substituídas por outras que permitem maiores condições de pagamento, principalmente se o interesse for de produção.

E Luhmann explica que todos os sistemas funcionais tendem à globalização, não sendo o território do Estado um fator que limite suas operações, conforme o seguinte:

Para los sistemas funcionales — diseñados para el universalismo y la especificación — los límites espaciales no tienen sentido, salvo como diferenciación segmentaria (por ejemplo, en Estados políticos) dentro de sistemas funcionales. La referencia a la función exhorta a cruzar constantemente los límites territoriales: para recibir noticias provenientes del extranjero, para buscar créditos internacionales, para prepararse política y militarmente a los acontecimientos fuera de las propias fronteras, para copiar sistemas escolares y universitarios de los países avanzados, etcétera. Este debilitamiento de los límites espaciales, se amplifica por el hecho de que la comunicación mundial ya casi no implica tiempo, sino que puede realizarse por medios telecomunicativos. Las informaciones ya no se tienen que transportar como cosas o como seres humanos. El sistema mundial realiza, más bien, la simultaneidad de todas las operaciones y de todos los acontecimientos y de esa manera —dado que lo simultáneo no puede controlarse— se vuelve efectivo de manera incontrolable (2006, p. 641).

Sarmiento conclui que, face à globalização, a concorrência entre os agentes econômicos alcança níveis transnacionais, de tal modo que os força a buscar a redução de seus custos a qualquer preço (2004, p. 397). Inclusive, relembra que o capital não tem pátria, quando aponta que a “mobilidade dos meios de produção atua hoje no sentido de libertar os agentes econômicos transnacionais das amarras do direito interno dos países em que operam” (*ibidem*, p. 398). Acrescenta que os “países que não adaptam o seu direito interno às exigências comuns do mercado internacional são imediatamente abandonados, pois o capital sem pátria tem como buscar abrigo nos Estados cujas leis lhe favoreçam” (*ibidem*, p. 399). Face disso, descreve que a recepção desse paradigma vem mudando o programa jurídico no seguinte sentido:

Trata-se de um Estado subsidiário, que restitui à iniciativa privada o exercício de atividades econômicas às quais vinha se dedicando, através de privatizações e reengenharias múltiplas. De um Estado que também vai buscar parcerias com a iniciativa privada e com o terceiro setor, para a prestação de serviços públicos e desempenho de atividades de interesse coletivo, sempre sob a sua supervisão e fiscalização. É um Estado que não apenas se atrai, mas que também modifica a sua forma de atuação, e passa a empregar técnicas de administração consensual: ao invés de agir coercitivamente, ele tenta induzir os atores privados, através de sanções premiais ou outros mecanismos, para que adotem os comportamentos que ele deseja. As normas jurídicas que este Estado produz são muitas vezes negociadas em mesas-redondas, e o direito se torna mais flexível, sobretudo para os que detêm poder social (*ibidem*, p. 402).

Nesse cenário, a dinamicidade da relação entre direito, economia e política tendeu a mudar. Os contratos e seus limites e possibilidades acabam por demandar mudanças, sob pena de serem, no mercado, maus investimentos.

Desponta, então, forte pressão sobre as relações de trabalho no sentido de torná-las mais produtiva e menos onerosa, resultando naquilo que se vem chamando de precarização das relações de trabalho, onde há envolvimento de um culto ao desempenho individual e de uma exaltação da mobilidade, resultando em forte degradação da situação econômica, da estabilidade profissional e da posição social de muitas pessoas, principalmente daquelas que começam a entrar no mercado de trabalho (BOLTANSKI E CHIAPELLO, 2009, p. 239).

Frente ao que se expôs, realiza-se em seguida um estudo mais esotérico sobre o *dumping* social como um evento que vem trazendo desafios para os sistemas jurídicos territorialmente limitados aos Estados-nação aos quais pertençam, posto que acompanha o insurgente paradigma pós-social.

3 Dumping social

Ao se conceber o atual cenário das relações de trabalho, realiza-se um recorte para o tema específico do presente estudo, que é o *dumping* social, com uma breve introdução do que seria *dumping* para, após, discutir sua modalidade mais específica que é o tema em foco.

Conforme Roberto Di Sena Jr.:

Segundo o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE o dumping significa uma redução de preços temporária gerada de forma artificial para que a oferta de bens e serviços seja oferecida por preços mais baixos do que o do mercado (apud MELO, 2012, online).

Ademais, convém apresentar outra perspectiva, de autoria do Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior do Brasil:

Considera-se que há prática de dumping quando uma empresa exporta para o Brasil um produto a preço (preço de exportação) inferior àquele que pratica para o produto similar nas vendas para o seu mercado interno (valor normal). Desta forma, a diferenciação de preços já é por si só considerada como prática desleal de comércio (online).

Face disso, necessário concluir como característica principal do evento *dumping* a entrada no mercado com produtos mais baratos, tornando-se um concorrente de peso, utilizando-se de critério artificial de preço.

Estabelecida essa premissa, entra-se no debate acerca do que seria *dumping* social.

Desta feita, enquanto na doutrina econômica o *dumping* está relacionado à introdução em um mercado estrangeiro de produtos a preços inferiores ao seu custo normal, contudo, as razões e os mecanismos são diversos, levando ao estudo de modalidades de *dumping* diferentes, como o *dumping* ambiental, *dumping* cambial e *dumping* estrutural (ROCHA E CAMINHA, 2015, p. 12) o que atrai, para este trabalho, a modalidade de *dumping* social, que, por sua vez, está relacionado ao desrespeito contumaz às normas trabalhistas e/ou às maiores possibilidades e aos menores limites de contratos estabelecidos pela política no que concerne à relação de trabalho. Ou seja, para garantir o *dumping*, o custo do produto posto no mercado é reduzido a patamares muito inferiores se comparados com outros produtos concorrentes no mercado, de modo que os afetados são os trabalhadores. Enquanto, em um primeiro modo, o contrato de trabalho não é inteiramente cumprido pelo tomador de serviços quanto às prestações devidas por este, em um segundo modo o tomador de serviços se vale de um contrato dentro de possibilidades e limites diferentes e mais vantajosos permitidos pela política de um Estado-nação diferente dos concorrentes, resultando no fato de que suas prestações são consideravelmente inferiores àquelas praticadas por outros atores no mercado (MAIOR, MENDES E SEVERO, 2004, p. 10).

Os atores econômicos, diante, principalmente, dessa segunda modalidade de *dumping* social, acabam por ser atraídos através do critério da ganância a realizar contratos nas mesmas condições que seus concorrentes “desleais”.

4 Eventos do dumping social

Estudado o *dumping* social quanto às suas duas modalidades destacadas, passa-se à análise pragmática do trabalho.

Quanto à segunda modalidade – que é, em resumo, uma manutenção estatal de garantias

mínimas aos trabalhadores –, apresentam-se casos (Laval e Viking) que são paradigmáticos sobre o assunto.

4.1 Caso Laval

Neste caso, tem-se como manchete fática o seguinte:

No início de Maio de 2004, a Laval un Partneri Ltd (a seguir «Laval»), sociedade de direito letão com sede social em Riga, destacou¹⁰ várias dezenas de trabalhadores da Letónia para a execução de obras de construção civil na Suécia. As obras foram efectuadas por uma sociedade filial, denominada L&P Baltic Bygg AB (a seguir «Baltic Bygg»). Entre essas obras incluíam-se a renovação e extensão de um estabelecimento escolar na cidade de Vaxholm, situada na região de Estocolmo. A empreitada foi adjudicada à Baltic Bygg por concurso público. O contrato celebrado entre a administração autárquica e a empresa estipulava que as convenções colectivas e os acordos de adesão suecos seriam aplicáveis às obras mas, segundo a Laval, as partes acordaram ulteriormente em não aplicar essa cláusula (UNIÃO EUROPEIA, 2007a, online).

A Laval levou trabalhadores cujos contratos de trabalho eram mais vantajosos para o tomador do que os contratos que teria caso realizasse o negócio jurídico na Suécia com trabalhadores suecos. O fato de que as convenções coletivas e acordos de adesão não seriam mais aplicáveis às relações de trabalho desses trabalhadores destacados para a Suécia garantiu que a prestação desse tomador fosse bem menor do que as devidas para os outros trabalhadores suecos, o que gerou intervenção do sindicato sueco dos trabalhadores do setor da construção e das obras públicas, tentando a celebração de um acordo de adesão à convenção coletiva da construção entre este sindicato e a organização sueca dos empresários da construção e que fosse garantida uma remuneração horária de cerca de 16 euros aos trabalhadores da obra, o que seria uma remuneração horária média. A tentativa foi fracassada (*ibidem*).

Depois dessa e de outras tentativas de negociação e de ações coletivas na Suécia, o caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção), onde se decidiu que a Laval não é obrigada a aderir a uma convenção coletiva cujas cláusulas estipulam condições mais favoráveis do que as resultantes das disposições legislativas pertinentes (UNIÃO EUROPEIA, 2007b, *online*).

4.2 Caso Viking

Neste segundo caso, tem-se como manchete fática o seguinte:

A Viking, uma sociedade de direito finlandês, é um importante operador de transportes por ferryboats. Explora sete navios, entre os quais o Rosella, que assegura, sob pavilhão finlandês, a ligação marítima entre Talin (Estónia) e Helsínquia (Finlândia). [...] Enquanto o Rosella arvorar pavilhão finlandês, a Viking é obrigada, por força do direito finlandês e da convenção colectiva de trabalho aplicável, a pagar à tripulação salários de nível idêntico ao dos praticados na Finlândia. Ora, os salários pagos às tripulações estónias são inferiores aos que são pagos às tripulações finlandesas. A actividade de exploração do Rosella foi deficitária devido

¹⁰ Esta expressão faz referência a uma situação na qual trabalhadores já contratados em um país se deslocam temporariamente para outro a fim de que lá trabalhem, o que vem sendo alvo de críticas no âmbito do direito comunitário (LAURINO, 2013, p. 57).

à concorrência directa dos navios estónios, que asseguram a mesma ligação a custos salariais inferiores. Em vez de ceder o referido navio, a Viking planeou, durante o mês de Outubro de 2003, mudar o pavilhão do mesmo, registando-o na Estónia ou na Noruega, a fim de poder celebrar uma nova convenção colectiva com um sindicato estabelecido num destes Estados (UNIÃO EUROPEIA, 2007c, online).

Observa-se que, no mesmo sentido do caso anterior, o *dumping* social ocorre e, em decorrência disso, as empresas tomam atitudes em face da concorrência “desleal”.

O FSU (*Finnish Seamen's Union*)¹¹, sindicato finlandês em cujo os membros da tripulação do Rosella estão inscritos, tentou negociar com a Viking para que, independentemente da mudança de pavilhão do deste navio, continuasse a observar o direito finlandês e as negociações coletivas, além de não despedir os trabalhadores de navios de pavilhão finlandês e alterar as condições de trabalho deles sem consentimento. O caso chegou ao Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Seção), que decidiu que a empresa possui liberdade de estabelecimento, de modo que ações coletivas propostas pelos sindicatos não são capazes de aplicar a convenção coletiva de trabalho celebradas pela sede situada em um Estado-membro a sua filial situada em outro (*ibidem*).

5 O problema

O presente estudo baseou-se em uma teoria acerca da estrutura da sociedade (Teoria dos Sistemas) e na teoria dos paradigmas de Thomas Kuhn com o fim de analisar o atual estágio dos direitos sociais e fazer um confronto frente à tendência da precarização do trabalho em uma sociedade globalizada, cujo evento pesquisado foi o *dumping* social.

Tal fenômeno, diante da globalização do sistema econômico, tem poderio de tornar economicamente desvantajosa a constituição de um contrato de trabalho face das obrigações jurídicas que dele resultam sob os limites e possibilidades estabelecidos pelas decisões coletivamente vinculantes da política. Tais contratos angariam essa desvantagem em razão da concorrência que se vale de contratos cujas prestações devidas pelos tomadores de serviços são muito aquém daquelas constituídas por aqueles primeiros contratos.

Aqui, não se pretende chegar a uma resposta, mas apenas apresentar uma problemática que é merecedora de mais pesquisas e atenção, principalmente quanto a outros fatores que pressionam a mudança de paradigmas, seja para qual sentido for.

¹¹ Sindicato Finlandês dos Trabalhadores Marítimos

Referências

- BÔAS FILHO, Orlando Villas. Teoria dos sistemas e o direito brasileiro. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BOLTANSKI, Luc; e CHIAPELLO, Ève. O novo espírito do capitalismo. São Paulo: Martins Fontes, 2009.
- BRASIL, Ministério do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. Dumping. Desenvolvimento. Disponível em: <<http://www.desenvolvimento.gov.br/sitio/interna/interna.php?area=5&menu=4351&refr=4323>>. Acesso em 31/out./2015.
- CORSI, Giancarlo; ESPOSITO, Elena; BARALDI, Claudio. **GLU**: glosario sobre la teoría social de Niklas Luhmann. México: Universidade Iberoamericana: 1996.
- GONÇALVES, Guilherme Leite; e BÔAS FILHO, Orlando Villas. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.
- HABERMAS, Jürgen. **O discurso filosófico da modernidade**: doze lições. São Paulo: Martins Fontes, 2000.
- KUHN, Thomas Samuel. A estrutura das revoluções científicas. 5. ed. São Paulo: Perspectiva, 1998.
- LAURINO, Salvador Franco de Lima. Destacamento de trabalhadores: dumping social e os desafios à afirmação do espaço social europeu. São Paulo: LTr, 2013.
- LOPEZ, Manuel Carlos Palomeque. Direito do trabalho e ideologia. Tradução de Antônio Moreira. Lisboa: Almedina, 2001.
- LUHMANN, Niklas. A realidade dos meios de comunicação. Tradução de Ciro Marcondes Filho. 2. ed. São Paulo: Paulus, 2011a.
- LUHMANN, Niklas. Introdução à teoria dos sistemas. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011b.
- LUHMANN, Niklas. La economía de la sociedad como sistema autopoietico. Revista Mad, [S.l.], n. 29, p. 1-25, ago. 2013.
- LUHMANN, Niklas. La sociedad de la sociedad. 1. ed. México: Herder, 2006.
- LUHMANN, Niklas. O direito da sociedade. Tradução de Saulo Krieger e Alexandre Agnolon. 1. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2016.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito I. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LUHMANN, Niklas. Sociologia do direito II. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.
- MAIOR, Jorge Luiz Souto; MENDES, Ranúlio; e SEVERO, Valdete Souto. Dumping social nas relações de trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 2014.
- MELO, Liana Holanda de. Direito internacional do trabalho: dumping social. Direito do empregado. Disponível em: <<http://www.direitodoempregado.com/direito-internacional-do-trabalho-dumping-social>>. Acesso em: 31/out./2015.
- RIBEIRO, Pedro Henrique Gonçalves de Oliveira. Entre eclusas e espelhos: a esférica pública vista a partir de uma leitura crítica de Niklas Luhmann e de debates contemporâneos. 2012. 320 f. Dissertação (Mestrado em Direito do Estado) - Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2134/tde-25062013-091439/>>. Acesso em: 02/nov./2015.
- ROCHA, Afonso de Paula Pinheiro; e CAMINHA, Uinie. Considerações sobre o dumping social trabalhista. In: BARBOSA, Magno Luiz; BRITO, Cristiano Gomes de. (orgs.). Temas contemporâneos de direito empresarial do trabalho. São Paulo: LTr, 2015, p. 11-22.
- SARMENTO, Daniel. Os direitos fundamentais nos paradigmas liberal, social e pós-social. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). Crise e desafios da constituição. Belo Horizonte: Del Rey, 2004. p. 375-414.
- UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-341/05. Conclusões do advogado-geral

Paolo Mengozzi, 2007a. Disponível em:
<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=62532&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=18664>>. Acesso em: 31/out./2015.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-341/05. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 2007b. Disponível em: <
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71925&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=308017>>. Acesso em: 20/jul./2016.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. Processo C-438/05. Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), 2007c. Disponível em: <
<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=71495&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=313177>>. Acesso em: 20/jul./2016.



REDEMOCRATIZAÇÃO E TRANSFORMAÇÃO DA INSPEÇÃO DO TRABALHO NO BRASIL: alguns aportes sobre eficiência e fragilidades

Luiz Felipe Monsores de Assumpção¹

RESUMO: Pretende-se, com este artigo, realizar uma análise da trajetória da Inspeção do Trabalho no Brasil, após a promulgação da Constituição Federal de 1988. O objetivo é examinar o processo de transformação do Sistema de Inspeção do Trabalho, e as intervenções estatais em seu desenho institucional, considerando não só os vários contextos político-econômicos que se sucederam a partir da década de noventa, como também as estratégias de ação e mobilização dos Fiscais do Trabalho. A análise proposta não dispensa alguma demarcação política, procurando estabelecer uma comparação entre as intervenções que caracterizaram os governos neoliberais e pós-neoliberais.

Palavras-chave: Inspeção do Trabalho. Magistratura social. Produtivismo fiscal. Neoliberalismo. Estado Social.

ABSTRACT: Through this article it's intended to realize an analysis of the trajectory of Labour Inspection in Brazil, after the promulgation of the Constitution of 1988. The aim is to examine the process of transformation of the Labour Inspection System, and state interventions in their institutional design, considering not only the various political and economic contexts that followed from the nineties, as well as strategies for action and mobilization of the Labour Inspectors. The proposed analysis does not dispense some political demarcation, trying to establish a comparison between the interventions that characterized the neoliberal and post-neoliberal governments.

Keywords: Labour Inspection. Social magistracy. Fiscal productivism. Neoliberalism. Welfare State.

1 Introdução

Sobre a Fiscalização do Trabalho no Brasil, há autores que identificam uma tendência histórica de ampliação (ou desvirtuamento) do Sistema Nacional de Inspeção do Trabalho – como política de Estado – para além do seu escopo institucional, nomeadamente o de coibir o descumprimento da legislação trabalhista brasileira.

¹ Economista e bacharel em Direito. Especialista em Direito do Trabalho e Legislação Social. Mestre e doutorando pelo Programa de Pós-Graduação em Ciências Jurídicas e Sociais da Universidade Federal Fluminense. Professor do Centro Universitário Geraldo di Biase.

A Inspeção do Trabalho teria se convertido, também, num instrumento eficaz de monitoramento e controle das mobilizações dos trabalhadores, de regulamentação do processo de acumulação, de intervenção no domínio econômico e de co-regulação do mercado de trabalho (DAL ROSSO, 1996).

Isto, de fato, não seria de se estranhar, caso consideremos, com Jessop (2008), que as intervenções institucionais *do* e *no* “extraeconômico”, em particular no que concerne às ações do Estado, são absolutamente necessárias para garantir o mínimo de coerência estrutural do sistema de produção capitalista, haja vista a incapacidade do mercado em reproduzir a relação de capital por suas próprias regras. Nesse sentido, a atuação da Inspeção do Trabalho, sobretudo na formalização dos vínculos de emprego, no assalariamento e na duração do trabalho, expande sua importância para além do sistema de proteção social do trabalhador brasileiro, no âmbito desses que são os “atributos de ouro” do nosso garantismo constitucional trabalhista (SILVA, 2011). Diga-se isto, porque a sua contribuição também é essencial para a funcionalidade do *salariato*, no que se refere à reprodução da força de trabalho e à geração de demanda, sem o que o sistema de acumulação capitalista entraria em colapso.

Mas a despeito de o processo de “socialização burguesa” (JESSOP, 2008, p. 27) demandar a intervenção do Estado capitalista, esta deverá ser mediada por um discurso político em favor das “razões de Estado”, capaz de transfigurar um determinado projeto hegemônico (no caso, a garantia da autovalorização do capital) em interesse público.

No Brasil, há quase década e meia que o discurso político que articula a ação estatal situada e o interesse público está centrado na realização de um Estado de bem-estar social². Entre os juristas, predomina o consenso de que a ordem constitucional vigente é compromissária nesse sentido, e a evidência categórica pode ser extraída do princípio da vedação do retrocesso social (SARLET, 2001; CANOTILHO, 2003), deduzido do *caput* do art. 7º da CRFB/88, que reúne os direitos trabalhistas.

Mas tais promessas constitucionais não emergem apenas do seu conteúdo compromissário-programático, ou da independência do elenco de direitos sociais trabalhistas, em relação aos princípios que informam a ordem econômica. Elas exsurgem, igualmente, e nesse particular, do *status* conferido aos sistemas de controle (*checking*) das liberdades que caracterizam o exercício da livre iniciativa, dentre os quais se destaca a Inspeção do Trabalho.

² Acerca do conceito de “Estado de Bem-Estar Social”, propõe-se abstrair, neste momento, da perspectiva da ciência política, da sociologia ou economia política, submetendo-o ao recorte da “doutrina” constitucionalista tradicional; ao que Canotilho denomina “princípio da democracia econômica e social” (CANOTILHO, 2003, p. 338), o qual pressupõe certas “tarefas” impostas ao Estado pela Constituição, quais sejam de conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais, no sentido de promover a igualdade real ou substancial entre os indivíduos. Esse princípio se materializa por meio de um aparato constitucional que possibilita a intervenção estatal no domínio econômico, e que limita o poder discricionário do legislativo, além de uma “agenda social” constituída de normas programáticas, organizativas, institucional-garantistas e de direitos subjetivos públicos (CANOTILHO, 2003, p. 475). É sob esse recorte que situo o trabalho (em sentido amplo), na CRFB/88, como paradigma de inclusão dominante, sem embargo da pauta política que caracterizou os últimos três mandatos presidenciais, orientada para a construção de uma sociedade “supercapitalista” (MARQUES, 2014), e de um novo paradigma de cidadania: a consumerista.

Nesse sentido, examinar a trajetória pós-CRFB/88 da Inspeção do Trabalho, enquanto magistratura social (MANNRICH, 1991), constitui-se em tarefa de grande interesse, mormente quando estruturada na forma de uma análise crítica das contradições entre a promessa (constitucional) de realização dos direitos sociais trabalhistas, e as orientações político-jurídicas que determinam as atuações do Estado, no âmbito do sistema brasileiro de relações de trabalho.

Sob um recorte histórico de duas décadas, pretende-se com esta investigação identificar até que ponto, e de que forma, a Inspeção do Trabalho pôde ser mobilizada como ferramenta de consolidação da cartilha neoliberal no Brasil. Em que medida as reformulações sistêmicas, tanto de regulação, quanto de gestão, produziram efeitos concretos no âmbito da execução da Inspeção do Trabalho, enquanto política pública (PIRES, 2009). Quais os fatores que reforçam a tese de um processo de fragilização da Inspeção do Trabalho no Brasil (KREIN, 2003), levado a cabo durante os anos noventa, a “década neoliberal” de Cardoso (2003), e, por fim, se tal processo foi (des)continuado a partir de 2003, com a transição dos governos FHC/LULA, e a conseqüente reorientação da política econômica.

Como hipóteses de trabalho, propõe-se que as políticas públicas baseadas no exercício do poder (legal ou constitucional) de coação não são determinadas, em última análise, pela instância de planejamento, ainda que sob o amparo de regulamentos administrativos contingenciais, mas pela instância de execução. Que a atuação estatal no âmbito da gestão (leia-se administração) da fiscalização trabalhista, no intuito de adaptá-la a certa moldura político-jurídica de relações de trabalho, costuma ser mais eficiente que a regulação infralegal, ou mesmo infraconstitucional, que configuram tanto as (novas) relações de trabalho, quanto os procedimentos de fiscalização, algo que poderia ser demonstrado a partir do exame do *modus operandi* do grupo de combate à terceirização ilícita, cuja atuação parece refratária ao debate atual sobre a (des)regulamentação da contratação de mão-de-obra por interposta pessoa.

À guisa de uma prévia das conclusões desta pesquisa, pode-se afirmar que a fiscalização trabalhista, no Brasil, vem passando por uma notável mudança em seu perfil, decorrente não apenas de alterações importantes na arquitetura do Sistema de Inspeção do Trabalho, mas também da adesão voluntária ao paradigma arrecadatório, como estratégia política de unificação do chamado “Grupo Fisco”, e da opção pelo isolamento e a endodiferenciação, como etapas necessárias de um esforço coletivo de mimetismo com a fiscalização da Receita Federal.

Quanto às intervenções estatais na gestão do Sistema de Inspeção do Trabalho, verifica-se que as medidas adotadas, sobretudo a partir de 2010, facilitaram a criação de mecanismos de controle e monitoramento da fiscalização trabalhista, sob o argumento da eficiência administrativa. Pode-se mesmo dizer que o processo de redução sistemática da autonomia da Inspeção do Trabalho não é um problema limitado ao âmbito da práxis da auditoria fiscal.

Mais que isso.

Por envolver certos aspectos de caráter simbólico, acredita-se que a fiscalização do trabalho esteja enfrentando uma verdadeira crise identitária, agudizada por medidas que poderiam compor o receituário neoliberal mais ordinário, sendo mais fortes e decisivas do que quaisquer outras que tenham sido postas em prática durante a década de noventa.

2 Transformações na Inspeção do Trabalho pós CRFB/88

Apoiando-se na missão institucional da Inspeção do Trabalho, que não variou tanto, desde a primeira regulação geral (Dec. Nº 19.672-A, de 1931), percebe-se uma trajetória demarcada por oscilações no que tange às políticas de apoio à fiscalização do trabalho, o que pode ser traduzido como um relativo fastio estatal, neste particular, sobretudo se compararmos com o sistema de fiscalização tributária³.

A transição para a Ordem Constitucional democrática, a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, foi um momento importante para a Inspeção do Trabalho no Brasil, cuja competência atribuída à União fora fixada no plano constitucional pela primeira vez, desde que fora criada, ainda com o mero *status* de “inspeção de fábricas” (Decreto nº 1.313, de 1891). A publicação da Lei nº 7.839/89 e, na sequência, a instituição do Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho (Lei nº 7.855/89), possibilitaram o emparelhamento funcional da Inspeção do Trabalho com as demais instâncias da fiscalização de tributos federais, vale dizer: Receita Federal e Previdência Social.

A necessidade de manter o atrelamento da fiscalização social com a tributária produziu, *interna corporis*, uma pauta política totalmente baseada nas supostas semelhanças entre a fiscalização do trabalho e seus “primos ricos”. O caráter arrecadatário tornou-se o principal argumento das reivindicações por melhores salários, condições de trabalho, estrutura, ampliação do quadro de Auditores-Fiscais (AFT) etc. Como consequência, a fiscalização do trabalho passou a ser cobrada nos mesmos termos da fiscalização federal tributária, para o que se exigiu a criação de certos atributos e ferramentas de mensuração da produtividade fiscal. O resultado pode ser traduzido como uma verdadeira reconfiguração do Sistema de Inspeção do Trabalho, centrada na adoção e ampliação dos sistemas integrados, que facilitariam enormemente a fiscalização e o levantamento de débitos com o FGTS.

³ Para exemplificar a afirmação, registre-se que somente em 1989, com a Lei nº 7.855, é que a fiscalização do trabalho passou a ser equiparada à fiscalização da receita e da previdência. Paradoxalmente, como tentarei demonstrar adiante, considero que este emparelhamento entre as várias instâncias da Fiscalização Federal acabou deslocando, na prática, a missão institucional da Inspeção do Trabalho, que passou a ressaltar o caráter arrecadatário, através do impulso à fiscalização e levantamento de débitos com o FGTS.

A guinada arrecadatária da fiscalização trabalhista não escapou à percepção de Cardoso e Lage (2005), que examinaram a eficiência, eficácia e efetividade⁴ da Inspeção do Trabalho no Brasil, tomando como referência os atributos “objetivos” de produtividade (número de trabalhadores alcançados, número de empresas fiscalizadas, número de Autos de Infração lavrados, número de trabalhadores registrados em ação fiscal etc.).

Posto que se adie o debate acerca do vigor desses atributos de produtividade, o fato é que o estudo realizado pelos autores revela uma preocupação com a qualidade dos números divulgados pelo Ministério do Trabalho e Emprego (MTE)⁵.

Examinar a fundo o processo de geração de dados da Inspeção do Trabalho, por sua vez, é tarefa que se afasta das pretensões deste artigo. Mas é possível tomar as especulações e aparentes contradições identificadas por Adalberto Cardoso e Telma Lage para recolocar a questão da eficiência (*lato sensu*) da Inspeção do Trabalho no Brasil, a começar pelos fatores que, em última análise, determinam o seu desempenho.

Um dado de interesse diz respeito ao número de Auditores-Fiscais do Trabalho (AFT), que durante a primeira metade da década de noventa chegara ao nível mais baixo desde a implantação do Programa de Desenvolvimento do Sistema Federal de Inspeção do Trabalho⁶. Mas a razão desse decréscimo acentuado no número de AFTs, cujo nível crítico foi alcançado em 1995, chega a ser prosaica, e dificilmente seria interpretada como evidência de uma política deliberada de desarticulação da Inspeção do Trabalho no Brasil.

Em 1994 houve o primeiro concurso público para Fiscal do Trabalho⁷ pós-CRFB/88, sendo que as nomeações se deram ao final de 1995 e início de 1996. A narrativa que predominava entre os antigos

⁴ Como índice de efetividade da Inspeção do Trabalho considera-se a capacidade de alcançar o maior número possível de empregados, em comparação com a massa de trabalhadores formais. De eficácia, a capacidade de transformar as relações de trabalho, quer coibindo as infrações trabalhistas, quer produzindo as chamadas “regularizações em ação fiscal”. De eficiência, a capacidade de otimizar meios, o que pode ser mensurado, por exemplo, pela relação nº de Auditores-Fiscal/nº de trabalhadores alcançados ou empresas fiscalizadas.

⁵ O Programa de Divulgação de Estatísticas do Trabalho (PDET) democratizou o acesso às informações consolidadas sobre o mercado de trabalho. Contudo, a produção de estatísticas relativas ao Sistema de Inspeção do Trabalho e, principalmente no âmbito das Relações de Trabalho, sempre padeceu de sistematicidade e acessibilidade. Pode-se dizer que até 2009, tanto os números relativos aos atributos da fiscalização do trabalho (Autos de Infração lavrados, multas aplicadas, levantamentos de débito com o FGTS realizados etc.), quanto os relacionados ao Sistema de Relações de Trabalho (mediações realizadas, acordos e convenções coletivas registradas etc.) tinham em comum a imprecisão. A qualidade das estatísticas do Ministério do Trabalho comprometia, inclusive, a pesquisa científica no Brasil. Um dos mais importantes e paradigmáticos estudos sobre a atuação do Judiciário Trabalhista durante a década de noventa, realizado por Sayonara Grillo, se valeu, a páginas tantas, de um anuário de informações sindicais (estatística de instrumentos normativos realizados) que estava disponível no sítio do MTE, por ocasião da realização da pesquisa, mas que fora retificado poucos anos depois da publicação do trabalho.

⁶ Dados divulgados pelo SINAIT (Sindicato Nacional dos Auditores-Fiscais do Trabalho) atribuem um déficit atual de cerca de 1.100 AFTs, apenas considerando a vacância disponível. Trata-se do menor número de AFTs dos últimos vinte anos.

⁷ A nomenclatura vigente à época, advinda com a Lei 6.986/82, e que predominou até a mudança para “Auditor-Fiscal do Trabalho”, em 2002, com a Lei nº 10.593.

integrantes da Associação dos Fiscais do Trabalho do Estado do Rio de Janeiro (AFAITERJ) destacava a luta política pela equiparação com a fiscalização da Receita, cujo ponto de partida fora mesmo a constitucionalização do Sistema Nacional de Inspeção do Trabalho⁸. Segundo eles, a luta era histórica, árdua, e travada com “mãos nuas”, pois não se tinha em seu favor, desde os clássicos Inspectores do Trabalho, o argumento da arrecadação. Com a redemocratização, e o reendosso da Convenção nº 81 da OIT pelo Estado Brasileiro, formou-se um cenário político altamente propício à obtenção desse intento verdadeiramente geracional.

É fato, no entanto, que havia um quantitativo muito expressivo de Fiscais do Trabalho com tempo de serviço suficiente (ou quase) para se aposentar, mas que se mantinham “na ativa” enquanto aguardavam tão-só a equiparação funcional (e, obviamente, salarial). Quando ela veio, não tardaram e requerer suas aposentadorias, razão pela qual o número nacional de Fiscais diminuiu acentuadamente, até a recomposição parcial advinda com o concurso de 1994.

Curiosamente, o episódio que demarcou a ascensão da fiscalização do trabalho ao mesmo patamar de prestígio da fiscalização tributária federal produziu, também, o principal argumento estatal para a contenção do número de AFTs, uma vez que a relação entre o custo atribuído a cada AFT e a sua produtividade marginal⁹ é, seguramente, bem menos interessante para o Estado, se comparada com a dos Auditores-Fiscais da Receita do Brasil.

Por isso mesmo, a relação entre a produtividade da fiscalização do trabalho e o número de AFTs sempre foi uma preocupação para o Estado e, particularmente, para a administração do Sistema de Inspeção do Trabalho. Nesse sentido, e sem desprezar outras motivações de cunho regulatório ou político, credita-se mesmo ao pragmatismo do custeio a razão imediata das intervenções que, vez por outra, ocorrem nesse sistema.

Essas intervenções, por seu turno, podem ser transitórias e periféricas, na forma de campanhas nacionais, por exemplo, como aquela que ajudou a inflar os indicadores de eficiência (*lato sensu*) da fiscalização do trabalho em 1995¹⁰, levando Cardoso e Lage (2005) a duvidarem da relação entre

⁸ A importância histórica desse processo de constitucionalização da Inspeção do Trabalho foi recentemente lembrada por Orlando Vila Nova, presidente do Sindicato Nacional dos Fiscais do Trabalho (SINAIT) à época da publicação da primeira edição da Revista da Inspeção (1988), em artigo publicado no sítio da entidade. Disponível em: <https://www.sina.it.org.br/site/noticiaView/8413/artigo-a-revista-da-inspecao-do-trabalho>.

⁹ Incremento na produtividade total quando se acrescenta uma unidade de mão-de-obra. Transportando para a realidade da fiscalização, e considerando o paradigma arrecadatório, corresponderia ao incremento na arrecadação total ao se acrescentar um AFT ao quadro de AFTs que compõem o Sistema de Inspeção do Trabalho.

¹⁰ Em 1995 se deu a primeira etapa da campanha nacional de arrecadação do FGTS, de regularização do registro de empregado e da fiscalização da jornada de trabalho. A produtividade mínima para o pagamento integral da GEFA (Gratificação de Estímulo à Fiscalização e Arrecadação), fixada em 12.000 pontos, foi substituída pela atribuição de um número mínimo de empresas alcançadas (30 por mês). As edições seguintes da campanha nacional incorporaram outros atributos, como o combate ao trabalho infantil.

eficiência (medida aqui tão-só pelo número de empresas alcançadas) e o quantitativo de AFTs. Mas elas também podem ser (re)estruturantes, como a que ocorreu em 2010, quando da implantação do sistema de fiscalização por projetos¹¹ (Portaria nº 546).

Esta última, aliás, representou uma importante mudança na estratégia de atuação da Inspeção do Trabalho no Brasil, ao priorizar o planejamento interno em detrimento das demandas externas. O produtivismo fiscal (MAGALHÃES; CARDOSO, 2014), calcado no desdobramento coletivo dos resultados da ação fiscal e em metas progressivas, passou a ser defendido, no âmbito da Secretaria de Inspeção do Trabalho, como contrapartida aos “altos salários do AFT”, pois o fiscal brasileiro era um dos mais bem remunerados do mundo, segundo a OIT¹².

A percepção de Cardoso e Lage (2005) acerca do aumento da efetividade e eficiência é verdadeira, na medida em que o vetor tributário e arrecadatório passou a dominar o planejamento fiscal, sobretudo a partir da virada do século. Mesmo um atributo relacionado à eficácia, como a jornada de trabalho, ganhou enorme impulso com o advento da Portaria 1.510/2009¹³, embora seja duvidoso apostar que as repercussões sobre as condições de trabalho, no que tange à duração da jornada, ou na restituição patrimonial dos trabalhadores (pagamento de horas extras), tenham sido tão auspiciosas quanto foram para a fiscalização do FGTS, por conta do levantamento de débitos sobre valores salariais devidos (horas extras não pagas).

A fiscalização por projetos se justificou pela necessidade de coletivização da atuação fiscal, como condição para o aumento da eficácia do Sistema de Inspeção do Trabalho. O efeito colateral, ainda carente de estudos mais aprofundados, situa-se na perda de capilaridade do Sistema de Inspeção do Trabalho, até então assegurada e mantida através das unidades descentralizadas (Gerências Regionais).

Isto, de fato, decorre da redução da superfície de contato dos agentes de inspeção com a realidade do mundo do trabalho trazida pelos sujeitos trabalhadores. As chamadas “demandas individuais” perderam importância. Internamente, a percepção dos setores de inspeção do trabalho das Gerências Regionais serviu apenas para emprestar alguma contribuição na seleção inicial dos projetos. A partir daí coube às Superintendências (SRTEs) e à Secretaria da Inspeção do Trabalho (SIT) definir as metas institucionais e o planejamento fiscal.

¹¹ A fiscalização por projetos parte da premissa de que a Inspeção do Trabalho não deveria atuar de forma reativa, isto é, em função das demandas externas. O Sistema de Inspeção do Trabalho deveria produzir sua própria demanda, através da definição interna de prioridades, as quais seriam traduzidas em projetos (terceirização, setor terciário, FGTS, informalidade etc.).

¹² Informação fornecida pela Ex-Secretária de Inspeção do Trabalho, em 2011, durante o 29^a ENAFIT.

¹³ Norma que criou o Sistema de Registro Eletrônico de Ponto (SREP), e que revolucionou o controle e fiscalização da duração do trabalho.

É interessante observar que a base de dados manipulada pelas Gerências Regionais, quando suscitadas a propor os projetos de fiscalização para submissão às SRTes, não foi outra, que não o próprio acervo acumulado ao longo do tempo, em que as denúncias atravessadas pelos próprios trabalhadores definiam a distribuição geográfica e ocupacional dos grupos profissionais mais fragilizados.

Tendo reduzido a superfície de contato com a subjetividade do trabalho, o Sistema de Inspeção ficou à mercê dos seus próprios números, e de dados secundários oriundos das agências de estatística. Em termos institucionais, a Inspeção do Trabalho subdimensionou sua capacidade de prospecção e diagnóstico das transformações no âmbito das relações de trabalho¹⁴, e também de mapeamento das demandas sociais, cedendo mais espaço à percepção dos sindicatos e de outras instâncias estatais, como o Ministério Público e o Judiciário, que se tornaram, quase que exclusivamente, as fontes residuais de demandas externas¹⁵.

A atuação compreensiva da Inspeção do Trabalho vem, aos poucos, perdendo espaço. A dessubjetivação¹⁶ no trato do mundo do trabalho amplia a distância entre o AFT e o trabalhador brasileiro, e o preço imposto por esse modelo de eficiência pode ser, de fato, a perda de visibilidade social da Inspeção do Trabalho. Contudo, a dessubjetivação talvez tenha alcançado o próprio AFT, ao menos aquele cujo trabalho esteja ligado, ainda que indiretamente, ao indicador-mestre de produtividade: o FGTS.

Sendo um dos suportes do atual modelo brasileiro de inspeção trabalhista, cada vez mais tecnologia-intensivo, os sistemas informatizados – ou, simplesmente, “sistemas” – se sofisticaram ao ponto de praticamente determinar o ritmo, a organização e a condução das diligências fiscais, a

¹⁴ Algo que pode ter sido agudizado pelo isolamento da Inspeção do Trabalho (endodiferenciação), em relação aos demais sistemas do Ministério do Trabalho e Emprego, em especial o Sistema de Relações de Trabalho (ASSUMPÇÃO, 2014).

¹⁵ Em oposição às “demandas internas”, oriundas do próprio processo de planejamento fiscal, as “demandas externas” são aquelas oriundas de denúncias de sindicatos, ou de solicitações formuladas por outros órgãos governamentais.

¹⁶ O processo lento e sistemático, caracterizado pelo abandono da atuação compreensiva da Inspeção do Trabalho no Brasil, produz, imediatamente, dois efeitos colaterais distintos, e que atuam sobre atores diversos, mas que em relação aos quais se emprega, aqui, a mesma expressão: dessubjetivação. Ela serve para designar a estatistização da gestão fiscal, e a desindividuação do trabalhador, enquanto destinatário final da fiscalização estatal do trabalho. Mas ela pretende, também, dar conta do processo de domínio tecnológico sobre a organização do trabalho da Auditoria-Fiscal, na conformidade da visão marxiana que introduz a tecnologia como princípio da organização da produção: o homem como objeto da tecnologia. A esse respeito, conjecturando uma versão ainda mais extremada desse processo, a tecnologia poderia mesmo determinar a subsunção da realidade do mundo do trabalho, atuando como um *medium* discursivo e autorizador cognitivo do AFT. É o “sistema” que passa a capturar a realidade do mundo do trabalho, e não mais o AFT, que se torna seu mero representante. Decerto que ainda não há dados empíricos que revelem se a relação sistema-AFT é colaborativa, à semelhança do que propõe Knorr-Cetina na relação “homem-máquina”, observando pesquisas no âmbito da física de partículas (GALISI-FILHO, 2010), ou de apropriação, pelo “sistema”, do processo do trabalho. Mas já é plenamente observável a perda gradual da importância de um tradicional “elemento de convicção” fiscal nas inspeções ordinárias do cotidiano: a chamada “verificação física”, ou observação *in loco*. Isto porque a cognição materializada pela observação cautelosa e responsável é um processo bem mais lento que o modelo comparativo-formal e acrítico do “sistema”, e sua imediatidade é necessária para dar conta das metas institucionais.

subsunção da “realidade” do mundo do trabalho, bem como o nível de interação com as outras instâncias de atuação do próprio MTE. Com exceção da inspeção de segurança e saúde do trabalhador, e da atuação dos grupos especiais, como o de combate ao trabalho análogo a escravo, a rotina fiscal do cotidiano alcançou um nível de sistematização tão acentuado, que é possível se falar de um tipo anômalo de regulação procedimental, a que denomino “normatização por sistemas”¹⁷.

Pode-se objetar que a tecnologia vem ao encontro da eficiência sem, contudo, obnubilar a capacidade do AFT de determinar a condução do seu trabalho, ou seja, sem lhe retirar o domínio sobre o processo da fiscalização. Porém, é duvidoso assegurar o emprego isento da tecnologia, negando-lhe a capacidade de tornar o AFT o seu objeto preferencial (AUGUSTO, 2009), uma vez que esteja, a tecnologia, imediatamente conectada ao atual conceito de eficiência fiscal, que tem no cumprimento de metas institucionais a sua principal medida.

Diga-se isto, porque as próprias metas institucionais parecem conter certas contradições inquietantes. A Portaria nº 546/2010 prescreve que a elaboração dos projetos se baseará “em diagnóstico fundamentado na análise de pesquisas sobre o mercado de trabalho, prioritariamente em fontes de dados oficiais”. No entanto, os chamados “dados oficiais” não são levados em conta para a definição das metas, cuja principal característica é a de ser uma progressão ascendente ($r > 0$)¹⁸.

Independentemente de qualquer variável demográfica ou macroeconômica, seja relacionada ao emprego, à inflação, à produtividade do trabalho, à expansão ou encolhimento de certos setores da economia, ao Produto Interno Bruto etc., as metas são sempre crescentes, regurgitadas e ampliadas segundo uma lógica autopoietica, que assume como pressuposto o débito permanente da Inspeção do Trabalho com a realidade circundante.

O fato é que as metas institucionais levam em consideração apenas determinantes endógenos, nomeadamente “os resultados alcançados nos exercícios anteriores”, ressalvada a radical hipótese “de superveniência de fatores alheios à governabilidade das SRTE e da SIT” (§ 3º, art. 5º da Portaria nº 546/2010).

Mas os indicadores de desempenho da Inspeção do Trabalho, considerados isoladamente, inserem no modelo um incômodo paradoxo.

¹⁷ Já me referi anteriormente a esse tipo de regulação, que ao menos no âmbito do MTE vem sendo aplicado em todos os sistemas: Inspeção do Trabalho, Relações de Trabalho e Emprego e Renda. Em cada caso, o “sistema-norma”, de caráter não-público, acaba intervindo substancialmente na forma pela qual certos direitos e garantias constitucionais podem ser acessadas pelas pessoas (físicas ou jurídicas).

¹⁸ No caso, trata-se de uma progressão aritmética, cuja razão r é positiva (>0), e a relação entre os termos (metas institucionais) é estabelecida de forma que $t_1 > t_0$; $t_2 > t_1$; $t_3 > t_2$, e assim sucessivamente. Já a razão r não é fixa, mas variável ($r_1 \neq r_2$; $r_2 \neq r_3$; $r_3 \neq r_4$) que pode ser expressa na forma de uma função do tipo: $r_n = f(t_{n-1})$.

O vetor ascendente das metas, contraposto ao vetor descendente do estoque nacional de Auditores-Fiscais do Trabalho¹⁹, produz como resultante uma distribuição cada vez maior de trabalho para cada AFT à disposição do Sistema de Inspeção do Trabalho. O cumprimento sistemático das metas é garantia do aumento da quantidade de trabalho para o exercício seguinte, ao mesmo tempo em que atesta ganhos de desempenho da fiscalização do trabalho.

Admitindo-se que a superação das metas crescentes, ano a ano, possa ser desdobrada nas dimensões da efetividade, eficácia e eficiência, seria forçoso constatar que se está diante de uma Inspeção do Trabalho que vem transformando a realidade laboral no Brasil, alcançando cada vez mais trabalhadores e empresas, regularizando ou coibindo vigorosamente os desvios de conduta dos patrões, e impedindo sistematicamente o inadimplemento das obrigações com o FGTS.

Uma das apostas da fiscalização por projetos é na capacidade deste modelo de criar paradigmas setoriais de conduta. No âmbito dos projetos, as empresas teriam a certeza de que, mais cedo ou mais tarde, seriam visitadas pela fiscalização do trabalho. Tomando como certa tal aposta, associada aos ganhos de desempenho da Inspeção do Trabalho, tem-se que ao menos parte do gradiente de fatores que determinam a escolha dos empregadores pelo descumprimento das leis trabalhistas (CARDOSO; LAGE, 2005, p. 454) induziria um efeito inibitório sobre tal ímpeto²⁰. Se isto é correto, então não haveria razão para se impor metas institucionais sistematicamente crescentes, pois o estoque total de irregularidades concretas, ou potenciais, tenderia a reduzir-se, eis que a eficiência (*lato sensu*) da fiscalização do trabalho, e a disposição patronal pelo descumprimento da lei, estabelecem entre si uma relação inversamente proporcional.

Decerto que variáveis exógenas poderiam justificar tais metas. Contudo, como já foi dito, a regulação do modelo de fiscalização por projetos não se lhes refere para tal propósito. Dito isto, só se poderia especular que a eficiência da Inspeção do Trabalho é um pressuposto falacioso, e que, além disso (ou por isso mesmo), se impõe a lógica da apropriação crescente do tempo, e do aumento da intensidade do trabalho dos AFTs, quiçá como uma forma de desequilibrar os termos de troca (valor-trabalho) em favor do “Estado”.

¹⁹ Segundo o Sindicato Nacional dos Agentes da Inspeção do Trabalho, a OIT contabiliza um déficit de mais de cinco mil Auditores-Fiscais do Trabalho no Brasil, considerando a dimensão do território brasileiro, o tamanho da nossa economia e a complexidade da estrutura de regulação das relações do trabalho.

²⁰ O outro fator determinante seria o valor das multas, que há anos não sofre alteração substancial, fora da mera atualização monetária. Mas apesar da validade da relação estabelecida por Cardoso e Lage, entre a decisão patronal pelo descumprimento da lei, a onipresença da Inspeção do Trabalho e o valor das multas, hão de se considerar os efeitos não mediatamente pecuniários, que decorrem da simples lavratura do Auto de Infração, ou da apuração do débito com o FGTS. Infrações relacionadas ao trabalho infantil e ao assalariamento, por exemplo, geram certidões que prejudicam o acesso das empresas aos certames públicos. O levantamento do débito com o FGTS, mais que a autuação, impede o acesso ao crédito público, ou mesmo ao repasses de valores decorrentes de contratos públicos em andamento. Isto sem falar na maior expressão da intervenção no domínio econômico realizada, administrativamente, pela Inspeção Federal, que são os embargos de obras e interdições de máquinas, equipamentos e instalações.

3 A relativa inflexão do poder de polícia administrativo frente às recentes intervenções político-institucionais no “estilo” de atuação da Inspeção do Trabalho no Brasil

Quase dez anos depois da reestruturação da Inspeção do Trabalho, ocorrida em 1989, a cartilha neoliberal seria novamente adaptada ao campo de atuação da Inspeção do Trabalho. Desta vez, a estratégia não contemplava uma intervenção direta e pontual, como a que se viu em 1995, com a edição da Portaria nº 865²¹, mas ampla e de caráter doutrinal. Trata-se de uma nova política de Inspeção do Trabalho que ficou conhecida como “novo perfil da fiscalização do trabalho”.

A intervenção realizada através da Portaria nº 865 mirava no aspecto procedimental. O novo perfil da fiscalização, por sua vez, partia do pressuposto de que a Inspeção do Trabalho assumira um caráter excessivamente policialesco, e que tal deveria ser transformado por uma mudança de percepção sobre a eficiência da atuação do AFT.

A política adotada no final da década de noventa concentrou seus esforços em duas frentes. A primeira, através de um custoso processo de (re)qualificação funcional, através de convênios com a ESAF (Escola Superior de Administração Fazendária) e com universidades²². A segunda, através de uma sólida normatização “alternativa”, que culminou com uma alteração no próprio texto da CLT (art. 627-A), cujo propósito foi o de criar uma instância negocial no âmbito da Inspeção do Trabalho: as Mesas de Entendimento.

Porém, como de resto a regulamentação dos novos modelos contratuais e de relações de trabalho que espocaram na década de noventa²³, a nova política não surtiu os efeitos almejados, pois não conquistou os corações dos AFTs “de campo”, embora tenha produzido um incremento transitório na atuação mediadora dos AFTs que estavam alocados no Sistema de Relações de Trabalho.

A pretensão ambiciosa do “Novo Perfil da Fiscalização do Trabalho” não foi alcançada, e a razão disso pode estar relacionada à autonomia do AFT, no que tange à medida de sua atuação coativa, e ao discurso contraditório que permeou a campanha de adesão interna à nova concepção.

A atuação fiscal possui uma margem de manobra relativamente ampla, pois ela não é dirigida para nenhum dos dois extremos: o dever jurídico de punição, ou o juízo moral de ponderação. O regulamento da Inspeção do Trabalho sugere que o AFT não abdique de sua capacidade cognitiva no

²¹ A Portaria nº 865/1995 regulou a fiscalização do cumprimento das disposições negociadas através de acordos ou convenções coletivas. O controle administrativo de legalidade das cláusulas normativas foi limitado, e a atuação deixou de ser a medida-padrão a ser adotada pelo Auditor-Fiscal do Trabalho. Quando o agente da inspeção se deparasse com uma cláusula de instrumento normativo com conteúdo ilegal, ele não deveria lavrar o Auto de Infração, mas fazer um relatório circunstanciado dirigido à chefia, que se encarregaria de acionar o Ministério Público do Trabalho.

²² Para se ter uma ideia, o sociólogo José Pastore tornou-se o diácono dessa nova política.

²³ Apenas para enumerar alguns exemplos: contrato a tempo parcial; contrato por prazo determinado (Lei 9.601/98); consórcio de empregadores rurais; reformulação do contrato temporário (I.N. nº 03/1997); cooperativas de trabalho (parágrafo único do art. 443, CLT), dentre outros.

momento de “concluir” pela infração trabalhista. São raros os momentos em que o verbo regente “constatar” (a infração) é empregado, e tais situações se referem às hipóteses de “risco grave e iminente” à saúde e segurança do trabalhador.

Mesmo hoje é difícil atestar o caráter excessivamente policialesco da Inspeção do Trabalho (FILGUEIRAS; 2012, p. 223), e na década de noventa era ainda mais difícil. O pressuposto assumido pela Administração Pública não podia ser comprovado, e isso ficava evidente no discurso contraditório que patrocinava as Mesas de Entendimento, centrado na regulação de uma prática supostamente disseminada na Inspeção do Trabalho, que era a construção de certos arranjos *praeter legem*, ou “extralegais”, como chamaria José Serson (1995), para a solução negociada das irregularidades encontradas. Àquela altura, a própria “regularização em ação fiscal” era um resultado bastante apreciado, sendo mesmo a principal medida da eficácia social da fiscalização trabalhista. Se assim era, como o punitivismo e o consensualismo poderiam determinar, simultaneamente, o caráter da Inspeção do Trabalho?

Essa autonomia da atuação fiscal também se revela por uma práxis induzida pelo se poderia chamar de seletividade normativa. Não estou seguro se se trata de um apego extremo à principiologia do Direito do Trabalho, do exercício radical da normatividade constitucional, ou da simples ditadura do ementário²⁴. Mas o fato é que a capitulação dos Autos de Infração é, em geral, determinada pelas “grandes normas”²⁵: Constituição²⁶, CLT e outras leis ordinárias, e não pelas regras de baixa estatura, em geral administrativas, ainda que dirigidas expressamente para a ação fiscal.

A seletividade normativa pressupõe a existência de certas regras às quais se deve atribuir maior visibilidade, em detrimento de outras. Reconhece-se que tal visibilidade possa ser, de fato, um atributo inerente ao *status* hierárquico da norma em questão. Mas a seletividade normativa também se justifica por um suposto *télos* da fiscalização do trabalho, que se reproduz a partir (ou apesar) da norma.

A aplicação teleológica da seletividade normativa assume um papel político-institucional indistigável, e o maior exemplo disso pode ser visto no âmbito da fiscalização das condições de segurança e saúde do trabalhador.

As Normas Regulamentadoras de Saúde e Segurança no Trabalho (NRs) sofrem do mal da “dupla invisibilidade” (ASSUMPÇÃO; SANTOS NETO; DOMINGUES, 2015, p. 8), que se daria em nível estatutário

²⁴ Ementário é um catálogo sintético dos comandos da CLT, classificado e numerado, cujo intuito é padronizar a capitulação legal dos Autos de Infração.

²⁵ Exceção feita aos Autos de Infração lavrados no âmbito da fiscalização da segurança e saúde do trabalhador, cuja capitulação é centrada nos itens/subitens das Normas Regulamentadoras (NRs), e nos quais a CLT é mencionada muito mais como elemento de conexão.

²⁶ A Constituição sozinha também não costuma fundamentar o AI, justamente por suscitar controvérsia acerca do caráter *self-executing* do dispositivo constitucional em questão. Ela aparece muito mais para estabelecer uma conexão com a CLT, ou uma lei ordinária específica.

(elas estariam *dentro* e *fora* da CLT), e contudístico ou substancial (elas são estranhas a outras instituições que compõem o sistema de proteção do trabalhador). No entanto, em que pese o problema da densidade normativa, as NRs são as vigas que sustentam toda a arquitetura regulatória do meio ambiente do trabalho, no Brasil, e sua efetividade depende diretamente da atuação da Inspeção do Trabalho.

O caso das NRs é o mais importante, mas não é o único episódio de aplicação teleológica da seletividade normativa. Outro caso emblemático é o da Instrução Normativa nº 03/1997. Uma regra de baixa estatura, voltada exclusivamente para a ação fiscal, mas que “ousa” identificar os marcadores da licitude/ilicitude da terceirização no Brasil. Com base na IN 03/97, os AFTs poderiam subjugar a verificação física (observação *in loco*) à mera análise documental dos contratos sociais ou estatutos das empresas tomadoras e prestadoras de serviços, valendo-se da presunção de ilicitude do modelo de *outsourcing*, que seria considerado, para todos os efeitos, contratação de mão-de-obra por interposta pessoa, bastando que se verifique a similitude entre os atos constitutivos das empresas situadas na cadeia de terceirizações.

Embora a relação entre a densidade normativa e a consistência da atuação fiscal pareça evidente, a opção pelas grandes normas – as regras legisladas – não se justifica, tão-só, pelo *status* hierárquico que ocupam. Seu uso também encerra o argumento teleológico, mormente quando são usadas para ofuscar certas normas procedimentais.

Um caso exemplar pode ser deduzido do impacto atribuído à já citada Portaria nº 865/95, relacionada por José Dari Krein, justa e corretamente, entre as medidas que causaram fragilidade à fiscalização do trabalho durante a década de noventa (KREIN, 2003). Decerto que a norma tinha mesmo grande potencial para sobrevalorizar a autonomia negocial coletiva, na medida em que afastava o controle administrativo de legalidade das normas autônomas (acordos e convenções coletivas). Mas é duvidoso afirmar que, na prática, a Portaria nº 865/95 tenha realmente causado danos ao poder de polícia da Inspeção do Trabalho²⁷.

Rapidamente se alastrou um discurso legalista de rejeição da citada portaria, centrado na preservação das grandes normas. Para não se vincularem aos efeitos da norma procedimental, os AFTs simplesmente capitulavam a irregularidade, baseando-se na CLT, sem mencionar, no histórico dos fatos,

²⁷ Outro fator, pouco mencionado, era a maior integração existente na época entre os sistemas de Inspeção do Trabalho e Relações de Trabalho (a maioria dos postos de comando do Sistema de Relações de Trabalho, no âmbito das então Delegacias e Subdelegacias Regionais, era ocupada por AFTs). No âmbito desse sistema, havia a rotina de exame e encaminhamento imediato de normas coletivas para o Ministério Público do Trabalho, órgão encarregado de propor notificações recomendatórias e/ou ações anulatórias de cláusulas normativas, cujos textos eventualmente afrontassem a legislação trabalhista positivada. Esse tipo de controle de legalidade era feito quando do processo de depósito, registro e arquivamento dos instrumentos normativos, e a despeito da heterogeneidade procedimental com que era realizado, Brasil afora, é muito provável que o sistema de repressão às cláusulas normativas ilegais (MTE e MPT) fosse disparado antes de exaurir um ciclo de vigência de um acordo ou convenção coletiva de trabalho.

que tal irregularidade era fruto do cumprimento de alguma norma coletiva. Postura cretina, poder-se-ia dizer, mas muito comum na Inspeção do Trabalho, e de comprovada eficácia²⁸, quando o propósito é a autopreservação do poder de polícia.

É bem verdade que a percepção do corpo fiscal, acerca de sua própria atuação, reproduz de forma relativamente homogênea e coerente o que a Secretaria de Inspeção do Trabalho publiciza: “zelar pelo cumprimento da legislação trabalhista”, o que se insere como parte relevante da missão institucional do próprio Ministério do Trabalho e Emprego: “garantir condições dignas ao trabalhador”²⁹. Daí se poder afirmar que a dignidade do trabalhador brasileiro passa necessariamente pelo cumprimento ideal da legislação trabalhista, para o que concorre a laboriosa vigilância dos AFTs.

Mas é equívoco apostar, por outro lado, que a seletividade normativa é mobilizada imediatamente para a preservação da funcionalidade da legislação trabalhista brasileira, em seu *télos* protetivo. Antes, todavia, a seletividade normativa assume um papel importantíssimo como elemento legitimador da intervenção fiscal, e do discurso autorizado da Inspeção do Trabalho. É nesse sentido que as grandes normas, dotadas que são de visibilidade, dão suporte à fé de ofício do AFT.

Essa era a lição transmitida pelos monitores (AFTs mais antigos e experientes) durante o curso de formação da primeira geração de AFTs pós-CRFB/88. As normas de menor estatura não poderiam, sozinhas, fundamentar um Auto de Infração (AI), ainda que regulassem especificamente o fato e a conduta considerada desviante. O argumento formal era mesmo a sustentação (administrativa e judicial) do Auto de Infração, pois a sua insubsistência era percebida como um demérito para o AFT, um atestado de incompetência, ou um atentado à sua autoridade. Uma percepção construída, decerto, ao longo do período que antecede a CRFB/88, numa época em que o Inspetor do Trabalho era considerado um agente público de “segundo escalão”. Mas em tempos de Constituição Cidadã, e de equiparação entre as fiscalizações federais, esse cenário estava a ponto de ser transformado.

O tabu da insubsistência do AI tinha, de fato, a propriedade de amortecer o voluntarismo do Fiscal do Trabalho da primeira metade dos anos noventa. Entretanto, coube à própria administração do Sistema de Inspeção do Trabalho fazer o primeiro movimento no sentido de mitigar a relação necessária entre o mérito da ação fiscal e a subsistência do AI.

No plano institucional, a criação do grupo móvel de combate ao trabalho análogo à escravidão, e as campanhas de regularização do registro, da jornada e do FGTS, tornaram-se paradigmas de uma nova

²⁸ Especificamente quanto à Portaria 865/95, ignorar a presença de um instrumento normativo “justificador” da infração impõe um ônus recursal necessário à empresa autuada. Mas não é só isso, a citada portaria é omissa quanto à anulação do Auto de Infração em virtude do descumprimento dessa norma procedimental.

²⁹ Conferir em: <http://www.mte.gov.br/index.php/secretaria-inspecao-do-trabalho/sobre>.

política fiscal, em que a atuação performática da Inspeção do Trabalho era importante para transmitir à sociedade de trabalhadores e patrões a sensação de onipresença.

No plano subjetivo, a lógica do “eles que recorram” reforçava a ideia de autonomia do AFT, não só frente ao Estado (atuação republicana), como também em relação ao próprio juízo de adequação de seus atos de autoridade.

A autonomia e independência do AFT, no plano institucional, privilegiavam o *télos* da Inspeção do Trabalho, ainda que os meios não fossem os mais adequados³⁰. No plano subjetivo, o AFT passou a vivenciar uma maior liberdade de atuação, legitimada pela livre convicção acerca do lícito/ilícito, ou do justo/injusto.

São bons exemplos as atuações pelo desconto das contribuições assistenciais dos trabalhadores não associados ao sindicato. Pelo não cumprimento dos pisos estaduais em virtude de ausência de instrumento normativo. Pelo trabalho aos domingos e/ou feriados sem processo administrativo autorizativo. Pelo reconhecimento do vínculo de emprego, quando diante de uma relação de trabalho que não configure categoricamente um modelo excepcional. Pelo atraso do pagamento de horas extras no caso de fechamento antecipado da folha salarial. Pelas inúmeras formas de contratação por interposta pessoa, ainda que impecavelmente emolduradas por algum modelo contratual, além de outros tantos *hard cases* que propiciam uma ousada atuação solo do AFT.

Há de se admitir, por tudo o que foi dito até aqui, que a contenção da Inspeção do Trabalho pela via normativa não é, de fato, tarefa fácil³¹. Mesmo as regras procedimentais (Instruções Normativas, Portarias etc.), menos que homogeneizar os *modi operandi* dos AFTs, costumam concentrar seus efeitos

³⁰ O caso singular em que essa lógica do “eles que recorram” tenha sido institucionalizada pôde ser observado nas campanhas nacionais de fiscalização do registro de empregados, da duração do trabalho e do recolhimento do FGTS, que caracterizou o planejamento fiscal entre 1995 a 1998. A Instrução Normativa nº 03, de 26/06/1997, por exemplo, dispunha no seu item/subitem 2.14 que o não atendimento à notificação para apresentação de documentos necessários à apuração da regularidade do registro de empregados, e do recolhimento do FGTS, teria como consequência a lavratura do Auto de Infração pela falta de registro de empregados e ausência de recolhimento do FGTS. É importante lembrar que existe capitulação ementada para a “falta de apresentação de documentos” (CLT, 630). Mas nesse caso, o pressuposto da culpa foi, de fato, normatizado. A estratégia da Secretaria da Inspeção do Trabalho se baseava no fato de que se tratava de uma campanha pela regularização do registro, da jornada e do FGTS. A atuação sumária, sem apoio na conclusão pela infração, concedia à empresa a “oportunidade” de recorrer administrativamente. O Auto de Infração só “cairia” se a empresa apresentasse os atributos regulares, ou regularizados com data anterior à punição.

³¹ Outro bom exemplo do que se afirma aqui é a polêmica “dupla visita” prevista na Lei Complementar nº 123/2005, que entre outros pontos regula o tratamento diferenciado dado às microempresas e empresas de pequeno porte, no que tange à Inspeção do Trabalho e ao cumprimento de certas obrigações trabalhistas. Neste particular, a Lei Complementar nº 123/2005 foi recebida pelo meio empresarial como uma espécie de blindagem contra a Inspeção do Trabalho (e é bem possível que tal fosse, de fato, a intenção da norma), e a dupla visita como uma “segunda chance” para o infrator. A reação dos empregadores autuados era expressa nos recursos administrativos, que rapidamente foram padronizados no sentido de invocar o descumprimento da dupla visita. Neste caso, a irregularidade flagrada pela primeira vez deveria redundar em orientação, e só na reincidência a punição seria imposta. A contraofensiva dos AFTs veio na forma de uma Nota Técnica (nº 62/2010), que formalizou o entendimento de que o instituto da dupla visita deveria estar circunscrito aos estreitos limites previstos na CLT.

na instância administrativo-processual, quer através da regulação do próprio processo, quer através da formação de entendimentos favoráveis aos autuados no âmbito recursal.

Mas dizer da dificuldade de reprimir normativamente a fiscalização trabalhista não implica em duvidar de que isso venha a ser tentado, e que tal iniciativa eventualmente logre êxito. De fato, ficamos bem perto disso, quando uma poderosa investida colheu a fiscalização trabalhista numa reação originalmente voltada para a fiscalização tributária federal. Tratou-se de emenda³² ao projeto de lei nº 6.275/2005, que resultou na Lei nº 11.457/2007 (Super-Receita). Seu texto trazia a seguinte previsão:

No exercício das atribuições da autoridade fiscal de que trata esta Lei, a desconsideração da pessoa, ato ou negócio jurídico que implique reconhecimento de relação de trabalho, com ou sem vínculo empregatício, deverá sempre ser precedida de decisão judicial.

Foi, sem dúvida, o maior atentado legislativo contra a Inspeção do Trabalho desde a Constituição Federal de 1988, e ela ocorreu em meio a um processo apresentado ao grupo fisco como representativo da valorização da atividade fiscal³³. A lei foi aprovada pelo parlamento brasileiro com o dispositivo limitador da atuação da Inspeção do Trabalho (§ 4º do art. 6º), que só fora barrado pelo veto jurídico do Presidente da República. O curioso, todavia, é que a mensagem de veto não se refere a qualquer dispositivo constitucional de proteção das relações de trabalho, pois se resume a invocar o princípio da limitação dos poderes como essencial para a preservação das prerrogativas da fiscalização tributária.

Mesmo alterações sensíveis nas “grandes normas”, como foi o caso do parágrafo único do art. 443 da CLT, podem não representar grandes desafios para a Inspeção do Trabalho. Neste particular, a literalidade do texto, que excluía a contratualização do emprego quando o trabalhador fosse cooperado, nunca impediu o reconhecimento do vínculo empregatício, a partir da conclusão pela presença dos elementos que o definem (arts. 2º e 3º da CLT).

A flexibilização das relações de trabalho, que caracterizou boa parte da regulação dos novos formatos contratuais, produzida principalmente (mas não exclusivamente) durante o mandato de FHC, sempre se fez acompanhar de normas procedimentais de Inspeção do Trabalho. Foi assim com o contrato por prazo determinado (Lei 9.601/98 – Portaria nº 207/1998), com a alteração dos contratos de aprendizagem (Lei 10.097/2000 – Instrução Normativa SIT nº 26/2001), com a terceirização e a redescoberta da Lei 6.019/74 (Instrução Normativa nº 03 MTb/GM nº 03), com a onda “fraudoperativista” deflagrada pela Lei nº 8.949/94 (Portaria nº 925/1995), apenas para citar alguns exemplos.

³² Emenda nº 03, proposta pelo então Senador Nei Suassuna (PMDB-PB).

³³ Trata-se de mais um efeito colateral do esforço de mimetismo com a fiscalização federal tributária. Outro exemplo, ainda em gestação, é uma versão peculiar do conselho de contribuintes, denominado “Conselho de Recursos”, de caráter tripartite. Tal adaptação para a Inspeção do Trabalho pode ser, de fato, muito problemática, pois o tripartismo surgiria como instrumento de contenção do poder de polícia da fiscalização do trabalho.

Essas normas, nem sempre muito claras ou técnicas, eram eficazes, contudo, na enumeração de evidências às quais os AFTs podiam ser apegar para “revelar” o mau uso das novas formas de contratualização do trabalho. Uma delas, em particular (Portaria nº 925/1995), que inspirou a publicação do “Manual de Cooperativas” (MTE, 1997), introduziu a entrevista semiestruturada com os trabalhadores, como estratégia de formação de convicção pela fraude, algo que, até então, ia de encontro à boa e velha tradição da análise documental.

Ao lado de outros fatores, como a relativa hesitação dos sindicatos em assumir o ônus da flexibilização do garantismo trabalhista, ainda que sob o argumento estatal de valorização da autonomia negocial coletiva (SILVA, 2011), e a ação dos mecanismos de resistência social e/ou institucional (POLANYI, 1980), patrocinada pela advocacia laboral (AROUCA, 2007), pelo Ministério Público do Trabalho (CARELLI, 2002; BENTO, 2008) e a Justiça do Trabalho (SADY, 2008), há de se reconhecer na ação da Inspeção do Trabalho um importante obstáculo à flexibilização a “sangue frio” (ALVES, 2010) que (ainda) caracteriza o nosso trajeto pela experiência neoliberal.

Um exemplo recente, e que merece destaque, diz respeito à atuação dos AFTs no âmbito do projeto de combate ao trabalho realizado por interposta pessoa (terceirização ilícita). Às vezes ocorre, como é o caso, de um conjunto de AFTs organizarem um grupo, cujo propósito é levar suas experiências de auditagem a todos os cantos do país. Além de compartilhar e multiplicar vivências e técnicas de inspeção, o propósito dessas iniciativas também consiste em disseminar uma certa “ideologia de resistência” contra o que, neste particular, é entendido pelos agentes de inspeção (mas não pelo Ministro do Trabalho³⁴) como um atentado ao sistema de garantias trabalhistas.

Em meio ao avançado debate parlamentar sobre a regulamentação da terceirização no Brasil (PL 4330), os AFTs atuantes no projeto de combate à terceirização ilícita já definiram sua estratégia de resistência. Ela se baseia na desconstrução do pressuposto da legalidade *a priori* no sentido forte, sugerido na Súmula nº 331, do TST, nomeadamente quando se refere aos serviços de vigilância (Lei 7.102/83). Diz-se “no sentido forte” quando, neste contexto, a terceirização, de exceção, passa à regra, em geral quando o serviço é regulado por lei, como se dá no caso da vigilância³⁵. Nessa hipótese, prevalece a tese de que não caberia o exame da relação de subordinação entre o trabalhador e o tomador de serviços.

Caso a terceirização no Brasil venha a ser regulada de modo genérico, isto é, sem se vincular a uma ocupação específica (como parece ser o propósito do PL 4330), a Inspeção do Trabalho já terá se

³⁴ Conferir em <http://www.diariodocomercio.com.br/noticia.php?id=152178>.

³⁵ Um outro e recente exemplo de legalidade *a priori* pode ser visto na Lei Complementar nº 150, que regula o trabalho doméstico no Brasil. Ela exclui do âmbito da relação de emprego a prestação de serviços por até dois dias por semana ao mesmo tomador (Art. 1º, *caput*).

posicionado no sentido de negar-lhe o atributo da legalidade *a priori* no sentido forte, não dispensando, por conseguinte, a investigação dos requisitos da relação de emprego entre prestador e tomador de serviços.

Se as empresas autuadas não se conformarem com tal postura, elas que recorram.

4 Considerações finais

É bem verdade que, neste momento, as atenções do corpo de AFTs estão voltadas para as negociações salariais com o governo. Atentos e orgulhosos, é bom frisar, pois perceberam em si mesmos uma capacidade de mobilização insuspeita, catalisada pela recente derrota sofrida na Câmara dos Deputados, quando pretendiam embarcar na PEC nº 443 (a PEC das carreiras jurídicas).

Mas sob o discurso que entoa esta campanha mobilizadora, jaz espectral um dilema que, sem exagero, pode ser comparado a uma crise de identidade da Inspeção do Trabalho brasileira.

Para os mais antigos, a Inspeção do Trabalho vem perdendo o seu *status* de observador privilegiado do mundo do trabalho, na medida em que abandona uma atuação compreensiva em prol de um planejamento fiscal comprometido com metas formuladas segundo uma lógica autopoietica.

Alguns diriam que parte considerável desse processo é de responsabilidade dos próprios AFTs, de suas escolhas passadas, notadamente do enorme esforço de adesão ao grupo fisco, para o que se fazia necessário negar a atuação centrada na magistratura social, para em lugar disso, ainda que de viés, pudesse mostrar sua vitalidade no campo da arrecadação tributária.

Outros diriam (talvez a maioria), que tais escolhas foram absolutamente necessárias, pois a trajetória da nossa magistratura social sempre foi de desprestígio. O superado instituto da advocatária, e a competência em última instância do Delegado Regional (atual Superintendente) para decidir sobre embargos e interdições, ainda presente na CLT, seriam apenas algumas de várias evidências de que o decisionismo político sempre subordinou a fiscalização trabalhista no Brasil.

Mas depositar sobre os ombros da Inspeção do Trabalho toda a responsabilidade pelo seu futuro é, no mínimo, um ato de ingenuidade. Dal Rosso (1996) já havia demonstrado o quanto a inspeção estatal das condições de trabalho no Brasil pôde ser manipulada, ao longo de sua existência. Sem retroceder tanto, foi possível pontuar inúmeras intervenções, de vários tipos e em vários níveis.

Sobre a fiscalização do trabalho no Brasil, as intervenções estatais podem ser classificadas, de um lado, como atos de gestão, cujo traço distintivo é a presença de um componente orçamentário, cujos efeitos incidem diretamente sobre a estrutura do Sistema de Inspeção do Trabalho. Mas elas também podem se apresentar como atos de regulação, quando normatizam a organização do próprio sistema, ou tratam de questões procedimentais diretamente conectadas com o ato fiscal.

Uma certa cultura de autopreservação do poder de polícia administrativo ajuda a explicar o comportamento relativamente inelástico do sugestivo “índice de manobrabilidade” da fiscalização trabalhista, quando submetida à contenção por regulação procedimental. O mesmo efeito se observa quando o próprio objeto da Inspeção do Trabalho – as relações de trabalho – sofre mutações não-substanciais, quais sejam as que não rompem com a regra geral do trabalho protegido por um contrato de emprego.

Por outro lado, as intervenções relacionadas à estrutura e à administração do Sistema de Inspeção do Trabalho produzem efeitos notáveis sobre o desempenho da fiscalização trabalhista. Um bom exemplo pode ser extraído do absentismo da política de recomposição do quadro de AFTs, que só de vagas ociosas já se contabiliza um déficit de mais de mil profissionais; o maior dos últimos vinte anos.

Situando as intervenções estatais sobre a fiscalização do trabalho, no âmbito das últimas três gestões presidenciais: FHC, Lula e Dilma, verifica-se, na primeira, o predomínio da regulação procedimental e de relações de trabalho, sendo que a intervenção estrutural se limitou à política de contenção dos salários dos AFTs, como episódio particular de uma estratégia bem mais abrangente de “sucateamento” do serviço público. Nas gestões seguintes, predominaram as intervenções de caráter estrutural, ou relacionadas à administração do Sistema de Inspeção do Trabalho. Apesar da política de recomposição salarial do grupo fisco, foi a partir das gestões petistas que ocorreram as maiores tentativas de contenção da fiscalização do trabalho.

Destaca-se entre as medidas de reconfiguração estrutural da Inspeção do Trabalho a Portaria nº 546/2010, que implantou a fiscalização por projetos. Mas é possível que outra norma, que não foi exclusivamente dirigida para a fiscalização do trabalho, tenha sido ainda mais contundente, ao menos em termos simbólicos, por tomar como pressuposto que o AFT é, de fato, um “funcionário de expediente”.

Pela primeira vez, desde a CRFB/88, uma norma que regulamenta a jornada de trabalho no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego (MTE) se dirige expressamente aos AFTs. A Portaria nº 1.160/2011, considerada uma norma de transição para a implantação do Sistema de Registro Eletrônico de Ponto (SREP), não excepciona a Inspeção do Trabalho do controle *stricto sensu* da jornada, aplicável a todos os servidores que cumprem expediente na repartição pública. Não que a fiscalização do trabalho pós-CRFB/88 tenha sido, algum dia, expressamente excluída do “controle” da duração do trabalho³⁶. Mas a omissão acerca dos Fiscais do Trabalho na Portaria MTb/GM nº 863/1995 sinalizava que a instância de controle da jornada de trabalho estava inserida no perímetro de atuação do Sistema de Inspeção do Trabalho. Ou seja, que a medida da jornada, como um elemento da divisão, organização e domínio sobre

³⁶ Como se dá nos casos de cargos de natureza especial, e de assessoria superior acima do nível 4, cf. art. 3º, alínea f, da Portaria MTb/GM nº 863/1995.

o processo do trabalho, estava totalmente contida no âmbito da Inspeção do Trabalho, que estabelecia uma relação com a instância administrativa (Seções de Recursos Humanos) de natureza meramente protocolar³⁷.

A partir da Portaria nº 1.160/2011 e, mais recentemente, da Portaria GM/MTE nº 1.278 de 29 de setembro de 2015, os AFTs foram incluídos no sistema de controle eletrônico de ponto, cujos registros gozam de máxima verossimilhança e, por isso, devem refletir fielmente a quantidade de trabalho realizado pelos AFTs. A inclusão dos AFTs no SREP pressupõe a existência de uma jornada-padrão, com hora de entrada, saída e intervalos. O fato de a chefia imediata dos departamentos, seções ou setores de inspeção do trabalho poder lançar o “serviço externo” no SREP do AFT, não o torna exceção à regra do expediente contido numa jornada-padrão. Tal registro não lhe confere autonomia para ditar o ritmo de seu trabalho e o tamanho da sua jornada, apenas o libera de fazer os registros biométricos de entrada, saída e os intervalos, pois o SREP convencionou que o AFT trabalha oito horas diárias, com pré-assinalações do início e término da jornada.

De 2011 para cá, o tempo de trabalho do AFT não é mais determinado por suas decisões acerca das estratégias, rotinas, organização, horário de início e término das diligências etc. Se antes a quantidade de trabalho realizado era mensurada e controlada pelo próprio Sistema de Inspeção do Trabalho, hoje é a jornada-padrão, fixada administrativamente, que orienta a distribuição da produtividade fiscal do AFT, e sua rotina deve estar sintonizada com o controle administrativo da duração do trabalho.

A expectativa agora reside na mais recente promessa de intervenção no Sistema de Inspeção do Trabalho, e que ainda está sendo articulada pela Secretaria Executiva do MTE. Ela faz parte do rol de propostas apresentadas pela Confederação Nacional da Indústria aos principais candidatos às eleições presidenciais de 2014.

Embora diga respeito ao processo administrativo de multas e recursos, a proposta submete a apreciação dos Autos de Infração a um “conselho de recursos”, de caráter tripartite. Se a proposta vingar, e dependendo de como venha a ser regulada, poderá representar, de fato, um duro golpe sobre o poder de polícia administrativo da Inspeção do Trabalho no Brasil.

³⁷ A lista de presença denominada “folha de ponto” não era, e nem tinha a pretensão de ser um controle da duração da jornada do AFT. A folha de ponto, devidamente assinada, era muito mais um atestado de atividade do servidor, ou seja, um documento que demonstrava que o servidor estava ativo e que, portanto, seu salário era devido. O controle “real” da duração do trabalho dos AFTs, o qual deveria estar sintonizado com o conteúdo dos relatórios fiscais e anotações no Livro da Inspeção do Trabalho (LIT), e que também determinava o recebimento do Adicional de Transporte, era realizado pelos Setores e Seções de Inspeção do Trabalho. Portanto, o *quantum* de trabalho realizado pelo AFT era mensurado e controlado pelo próprio Sistema de Inspeção do Trabalho.

Referências

- ALVIM, Joaquim Leonel de Rezende; NUNES, Tiago de Garcia; CASTRO, Carla Appollinário de. **Empreendedorismo Tupiniquim: notas para uma reflexão**. Trabalho apresentado no I CONINTER, Niterói, RJ, nos dias 03 a 06 de setembro de 2012. Anais...CONINTER I, 2012. Disponível em: <http://www.aninter.com.br/Anais%20I%20Coninter.html>. Acesso em: 13.05.2015.
- AMAURI, Alves. Neoliberalismo, "flexibilização a sangue-frio" e perspectivas do direito do trabalho no Brasil. **Revista LTr Legislação do Trabalho**. São Paulo, v. 74, nº 10, p. 1245–1255, out., 2010.
- AROUCA, José Carlos. O Futuro do Direito Sindical. **Revista LTr Legislação do Trabalho**, São Paulo, vol. 71, n. 6, p. 654-665, jun. 2007.
- ASSUMPCÃO, L.F. Monsores de. **A Mediação de Conflitos de Direitos no Âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego: entre paradigmas e paradoxos**. Trabalho apresentado no V Congresso da AbraSD - PESQUISA EM AÇÃO: ÉTICA E PRÁXIS EM SOCIOLOGIA DO DIREITO, Vitória, ES, nos dias 19 a 21 de novembro de 2014. Anais...V Congresso da AbraSD. Disponível em: http://media.wix.com/ugd/203511_b7060c02cce54d20b75e7be2794a7188.pdf. Acesso em: 06.01.2015.
- ASSUMPCÃO, L.F. Monsores de; SANTOS NETO, José Olímpio dos; DOMINGUES, Carlos Eduardo F. **“Serve na Europa, não no Brasil”: a NR 12 e as várias faces de um debate nacional**. Trabalho apresentado no 5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito – Terceiro Mundo Terceirizado, Niterói, RJ, nos dias 14 a 16 de outubro de 2015. Anais...5º Seminário Interdisciplinar em Sociologia e Direito. (Anais disponíveis em breve em: <http://www.sociologiaedireito.uff.br/index.php/anais-s-d>).
- AUGUSTO, André Guimarães. A Dessubjetivação do Trabalho: o homem como objeto da tecnologia. **Economia Contemporânea**. Rio de Janeiro, vol. 13, nº 2, maio/agosto, 2009.
- BENTO, Flávio. **As novas formas de relação de trabalho e o caso das cooperativas de trabalho no Brasil**. Trabalho apresentado no III Simpósio Lutas Sociais na América Latina, Londrina, PR, nos dias 24 a 26 de setembro de 2008. Anais... III Simpósio Lutas Sociais na América Latina, 2008. Disponível em: http://www.uel.br/grupo-pesquisa/gepal/anais_iii.html#f. Acesso em: 25.10.2015.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. **Código Penal Comentado**. 3ª. ed. atualizada. São Paulo: Saraiva, 2005.
- BOITO JR. Hegemonia neoliberal no governo Lula. In: **CEMARX – Crítica Marxista**. n.17. Rio de Janeiro: Revan, 2003. Disponível em: http://www.ifch.unicamp.br/criticamarxista/arquivos_biblioteca/critica17-A-boito.pdf. Acesso em: 01/09/2015.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7.ed. Coimbra, Almedina, 2003.
- CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. A Inspeção do Trabalho no Brasil. In: **DADOS – Revista de Ciências Sociais**. Rio de Janeiro, vol. 48, no 3, 2005, p. 451 a 490.
- CARDOSO, Adalberto; LAGE, Telma. **As normas e os fatos: desenho e efetividade das instituições de regulação do mercado de trabalho no Brasil**. 1ª ed. Rio de Janeiro: FGV, 2007.
- CARELLI, Rodrigo. Cooperativas de Mão-de-obra: Manual contra a fraude. São Paulo: LTr, 2002.
- CHAUÍ, Marilena. Uma nova classe trabalhadora. In: **10 anos de governos pós-neoliberais no Brasil: Lula e Dilma**. Emir Sader (Org.). São Paulo: Boitempo; Rio de Janeiro: FLACSO Brasil, 2013, p. 123-134. Disponível em: http://flacso.org.br/?page_id=510&publication-type=35. Acesso em: 24.06.2015.
- DAL ROSSO, Sadi. A Inspeção do Trabalho. In: **RAP – Revista de Administração Pública**. Rio de Janeiro, Vol. 30, nº 2, mar/abr/1996, p. 107-139.
- DAL RI, Neusa Maria. **Trabalho Associado, Economia Solidária e Mudança Social**. In: DAI RI, Neusa Maria (Org.). Trabalho Associado, Economia Solidária e Mudança Social na América Latina. Marília: Cultura Acadêmica Editora, 2010. Disponível em: https://www.marilia.unesp.br/Home/Publicacoes/trabalho%20associado_e-book.pdf. Acesso em: 24.10.2015.

- FILGUEIRAS, Vitor Araújo. **Estado e Direito do Trabalho no Brasil: regulação do emprego entre 1988 e 2008**. Salvador, 2012. 473 f. Tese (Doutorado em Ciências Sociais) – Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2012.
- GALISI-FILHO, José. Acelerador de Gente – entrevista com a socióloga Karin Knorr-Cetina da Universidade de Konstanz. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 02.05.2010. Caderno Ciência. Texto integral disponível em: <http://www.astropt.org/2011/09/02/acelerador-de-gente-entrevista-com-a-sociologa-karin-knorr-cetina-da-unive/>. Acesso em: 20.10.2015.
- GOMES, José Cláudio de Magalhães. Histórico de inspeção do trabalho. **Revista de Inspeção do Trabalho**. Brasília, v.I, n. 1, maio/1988.
- JESSOP, Robert. **El Futuro del Estado Capitalista**. Los Libros de la Catarata: Madrid, 2008.
- KREIN, José Dari. **Balanco da reforma trabalhista do governo FHC**. In: PRONI, Marcelo; HENRIQUES, Wilnês (orgs.). Trabalho, mercado e sociedade: o Brasil nos anos 90. São Paulo: Editora UNESP; Campinas, SP: Instituto de Economia da UNICAMP, 2003, p. 279-322.
- KREIN, José Dari. **Tendências Recentes nas Relações de Emprego no Brasil (1990-2005)**. Campinas, 2007. 347 f. Tese (Doutorado em Economia Aplicada) – Universidade Estadual de Campinas, 2007.
- LIMA, Jacob Carlos. Paradoxos do Trabalho Associado. **Tempo Social**. São Paulo, vol. 21, nº 1, 113-132, 2009. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ts/v21n1/v21n1a07.pdf>. Acesso em: 24.10.2015.
- MAGALHÃES, Cleber; CARDOSO, Luís Antônio. **O Servidor Público Pós-Fordista a Serviço da Globalização: o caso da Receita Federal do Brasil**. Trabalho apresentado no III CONINTER, Salvador, BA, nos dias 08 a 10 de outubro de 2014. Anais...CONINTER, 2014. Disponível em: <http://aninter.com.br/Anais%20CONINTER%203/GT%2002%20-%20Economias%20e%20Trabalho/>. Acesso em: 03.05.2015.
- MANNRICH, Nelson. **Inspeção do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1991.
- MARQUES, Felipe Meira. **A Redefinição da Noção de Cidadania no Supercapitalismo: de cidadão a consumidor**. Fortaleza, 2014. 113 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Ceará, 2014. Disponível em: <http://www.repositorio.ufc.br/handle/riufc/12822>. Acesso em: 03.11.2015.
- MATURANA, Humberto. **Cognição, Ciência e Vida Cotidiana**. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2001.
- MIGUEL, Antônia Celene. **O Fiscal do Trabalho: entre a lei e o mercado**. Trabalho apresentado no XI Congresso Brasileiro de Sociologia, Campinas, SP, nos dias 1 a 5 de setembro de 2003. Anais...SBS 2003. Disponível em: http://www.sbsociologia.com.br/portal/index.php?option=com_docman&task=cat_view&qid=116&Itemid=171. Acesso em: 02.09.2015.
- MIGUEL, Antônia Celene. **A Inspeção do Trabalho no Governo FHC: uma análise sobre a política da fiscalização do trabalho**. São Carlos, 2004. 99 f. Dissertação (Mestrado em Ciências Sociais) – Universidade Federal de São Carlos, 2004. Disponível em: <http://docplayer.com.br/5036137-Universidade-federal-de-sao-carlos-centro-de-educacao-e-ciencias-humanas-programa-de-pos-graduacao-em-ciencias-sociais.html>. Acesso em: 03.11.2015.
- NASCIMENTO, Amauri Mascaro. Inspeção do Trabalho numa Ordem Jurídica em Transformação. **Revista da Inspeção do Trabalho**, Brasília, vol. 1, nº 1, maio de 1988.
- PIRES, Roberto Rocha C. Estilos de Implementação e Resultados de Políticas Públicas: Fiscais do Trabalho e o Cumprimento da Lei Trabalhista no Brasil. **DADOS - Revista de Ciências Sociais**, Rio de Janeiro, Vol. 52, nº 3, p. 735 a 769, 2009. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?pid=S0011-52582009000300006&script=sci_arttext. Acesso em: 10.04.2014.
- POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: as origens da nossa época**. Rio de Janeiro: Campus, 1980.
- POCHMANN, Marcio. **Nova classe média? O trabalho na base da pirâmide social brasileira**. São Paulo: Boitempo, 2012.
- POCHMANN, Marcio. **O mito da grande classe média: capitalismo e estrutura social**. São Paulo: Boitempo, 2014.
- RUSSOMANO, Mozart Victor. Sobre a fiscalização do trabalho. **Revista de Inspeção do Trabalho**, Brasília, v. 1, n. 1, maio/1988.

SADY, João José. **Dissídio coletivo desburocratizado**. TST restaura direito a melhorias salariais através do direito normativo. Jus Navigandi, Teresina, ano 8, n. 1, mai. 2003. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/4058>. Acesso em: 25.05.2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. In: **Revista Diálogo Jurídico**. Salvador, Ano I, n.4, jul.2001. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/revista/rere-9-mar%C3%87o-2007-ingo%20sarlet.pdf>. Acesso em: 12.10.2015.

SILVA, Sayonara Grillo C. L. da. Direitos Fundamentais, Garantismo e Direito do Trabalho. **Revista do TST**, Brasília, vol. 77, n. 3, p. 274-292, jul./set. 2011.

VIANNA, José de Segadas. A Paz Social Depende de uma boa Aplicação da Legislação do Trabalho. **Revista da Inspeção do Trabalho**, Brasília, vol. 1, nº 2, junho de 1989.



O CONCEITO TRABALHO DECENTE E A LINGUAGEM DOS DIREITOS HUMANOS: a perspectiva dos direitos fundamentais

Márcia Regina Castro Barroso¹

RESUMO: O presente trabalho faz parte de uma pesquisa mais ampla cujo foco de análise refere-se à trajetória do escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil. Importante instituição no cenário laboral brasileiro, ela tem se destacado atualmente na difusão de projetos que tramitam em torno da ideia trabalho decente, e, via intensa articulação com outras instituições, tem exercido grande influência no chamado mundo do trabalho. Esta pesquisa visa compreender o conceito trabalho decente a partir da construção de uma linguagem que enfatiza os direitos fundamentais. Nesse sentido, propagam-se princípios que redefinem padrões mínimos sociais para o mundo do trabalho, a partir de uma cultura de direitos.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais; Trabalho Decente; OIT.

ABSTRACT: This work is part of a broader research whose analysis focus refers to the office trajectory of the International Labour Organization (ILO) in Brazil. This important institution in the Brazilian labor scenario, it has been currently highlighted in the dissemination of projects that proceed through around the idea of the decent labour, and, through intense cooperation with others institutions, it has exerted great influence on the so-called Labour world. This research aims to understand the concept decent work from the construction of a language that emphasizes fundamental rights. In this sense, propagate principles that redefine social minimum standards for the world of work, from a culture of rights.

Keywords: Fundamental Rights; Decent Work; ILO.

1 Introdução

O presente trabalho faz parte de uma pesquisa mais ampla cujo foco refere-se à análise da trajetória do escritório da Organização Internacional do Trabalho (OIT) no Brasil. Importante instituição no cenário trabalhista brasileiro, ela tem se destacado atualmente não apenas por seu arcabouço jurídico, mas também pela difusão de projetos que têm exercido grande influência na esfera laboral. Embora se constitua como uma instituição internacional, sendo uma agência especializada do sistema ONU, a

¹ Doutoranda em Sociologia pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Antropologia da Universidade Federal do Rio de Janeiro (PPGSA-IFCS-UFRJ), Mestre em Sociologia e Direito pela Universidade Federal Fluminense (PPGSD-UFF). Bolsista de Doutorado do CNPq.

Organização Internacional do Trabalho adquire contornos próprios em nosso país e objetivamos analisar as singularidades dessa atuação. Para empreendermos essa análise nos utilizamos de um conceito chave, uma espécie de compilador ideário dessa organização no Brasil, que é o conceito trabalho decente. A partir dele pretendemos compreender uma série de aspectos referentes aos âmbitos interno e externo dessa instituição. Componente importante dos objetivos estratégicos da OIT, formalizado em 1999, o conceito trabalho decente gradativamente tem crescido em importância no cenário laboral brasileiro. Ultrapassando os limites da própria instituição, ele tem alcançado grandes proporções, tornando-se tema de debate constante para as organizações públicas brasileiras. O presente trabalho visa compreender o conceito trabalho decente a partir da construção de uma linguagem que enfatiza a questão dos direitos fundamentais. A partir dessa perspectiva, propagam-se princípios que redefinem padrões mínimos sociais para o mundo do trabalho, a partir de uma cultura de direitos. Sendo assim, objetivamos analisar as construções argumentativas engendradas em torno desse eixo.

2 A Organização Internacional do Trabalho e sua importância no cenário laboral

A Organização Internacional do Trabalho foi criada em 1919 no processo de pacificação após a Primeira Guerra Mundial, juntamente com a Liga das Nações. Um mundo conturbado com o lastro de destruição da primeira guerra procurava recompor as suas bases diplomáticas e nesse sentido a organização da própria atividade produtiva se constituiu como uma atividade emergente. Com a Conferência de Paz, em Versalhes, decidiu-se pela organização de uma “Comissão de Legislação Internacional” (cujo desdobramento fora a criação da OIT), visando uma ação conjunta nos assuntos relativos à organização da esfera produtiva. Nos documentos de época, como muito bem nos aponta Arnaldo Sússekind, as justificativas em torno da sua criação gravitavam em torno de três eixos: o da política, tendo em vista a questão da paz universal; humanitária, visando criar condições de trabalho mais justas; e econômica, visando fornecer elementos que atenuem a questão da concorrência internacional e suas consequências nas condições sociais (Sússekind: 1987, p. 100).

Nesse sentido, a partir da criação da OIT, ocorreu uma renovação do Direito Internacional do Trabalho. A partir do sistema de convenções e de recomendações tentou-se criar padrões de uniformização da regulação das relações de trabalho entre os Estados-membros. Antes mesmo da criação da ONU e de outros organismos internacionais, a OIT acabou por, paulatinamente, fortalecer o seu modelo, cabendo aos escritórios nacionais a função de cooperação técnica nas diversas iniciativas geradas a partir da temática do trabalho.

Outro fator que acabou por manter o seu prestígio ao longo desses noventa e quatro anos de existência foi o fato de sua organização ter uma composição tripartite, com representantes do governo, dos trabalhadores e dos empregadores. Esse tripartismo esteve presente desde a sua fundação e

permanece como um elemento que fornece legitimidade, dando-lhe um diferencial em seu caráter representativo. A promoção do diálogo social tem sido uma grande bandeira no campo ideário dessa instituição. Para além da questão da legitimidade, a OIT também cresceu em importância principalmente por conta do âmbito jurídico, por meio das suas convenções. Uma vez ratificadas se constituem como fonte formal de direito, gerando direitos subjetivos individuais. Portanto, se constituem como instrumentos normativos de grande monta, em especial, por tratarem de assuntos de interesse internacional. As convenções são tratados multilaterais que precisam ter a ratificação dos Estados membros para terem valor normativo. Uma vez ratificada, a convenção integra a respectiva legislação nacional (Süssekind: 1987, p. 174).

A grande “força” desse sistema acaba por se tornar também a sua maior “fraqueza”. Muitas críticas têm sido feitas a esse processo principalmente por conta das especificidades das legislações nacionais. Pode-se ratificar uma convenção que foi pensada em termos mais gerais, e que pode não atender às demandas de uma dada localidade. Outra questão que se coloca se refere aos instrumentos de controle da aplicação desse instrumento normativo. Arturo Bronstein em seu livro *“Derecho Internacional y Comparado Del Trabajo”* (2010) propõe uma solução através do fortalecimento de Tribunais Internacionais. Embora seja uma solução possível de ser efetivada, ainda estamos longe de vermos a sua difusão.

Dessa forma, ao longo de todo o século XX, a OIT foi crescendo em importância no cenário laboral internacional e, com a sua estrutura tripartite, tem conseguido manter um caráter diplomático de grandes proporções. No processo de remodelação institucional, principalmente no pós-segunda guerra mundial, com a criação da ONU e de outros organismos internacionais, a OIT se viu diante de um questionamento sobre o seu papel nesse novo cenário. Nesse período, as organizações internacionais estão voltadas para temas como a manutenção da paz e a resolução de conflitos. A OIT nesse contexto de grande reflexão, em sua Conferência Geral, realizada em 1944, na Filadélfia, retoma os valores já declarados em sua constituição inicial reforçando a sua atualidade: a promoção da justiça social. E bem mais do que isso, a partir desse momento a OIT acabou por ampliar sua competência estendendo a sua pauta para além das condições de trabalho e dos direitos previdenciários do trabalhador. Essa ampliação instaura um direito internacional do trabalho que se aproxima de novas temáticas, como a pauta dos então denominados direitos humanos. Gênero, reforma agrária, populações indígenas, políticas de desemprego, a educação e a saúde do trabalhador, o meio ambiente, enfim, progressivamente toda uma gama de novas demandas passou a ser incorporada à pauta de atuação da OIT fornecendo novos parâmetros normativos e ideários aos países-membros.

Com a criação da Organização das Nações Unidas (ONU) em 1945, cujo objetivo era substituir a Liga das Nações, a OIT passou a ser integrada ao seu sistema, tornando-se uma agência especializada. Atualmente a OIT possui a sua sede em Genebra e conta com a atuação de 185 estados-membros.

Com o processo de globalização e de transformações atuais no mundo do trabalho, a OIT se vê diante de novos desafios a serem enfrentados. Oscar Ermida Uriarte ao refletir sobre a inter-relação entre os processos de globalização e as relações laborais (1999), comenta que o sistema tradicional do direito do trabalho tem passado por significativas mudanças, principalmente por conta das transformações que tem passado a própria organização produtiva. Nesse sentido, destaca a emergência do que ele chamou de “re-regulação internacional”, através de convênios internacionais do trabalho, os grandes Pactos e Declarações de Direitos Humanos e as Cartas Sociais como exemplos dessa “re-regulação”. E a OIT, por gerar uma rede normativa universal, tem proeminência nesse processo. Entretanto comenta que, se por um lado, tem-se um salto qualitativo através da universalização de certos princípios, por outro, para atender uma demanda da própria organização do trabalho, e garantir condições mínimas de proteção social, poderia colaborar, de certa forma, para a expansão do processo de flexibilização das relações laborais.

Nas décadas de 1980 e 1990, o grande desafio se dava no sentido da OIT ser capaz de apresentar uma nova visão de mundo que fosse capaz de conciliar um programa social internacional frente aos interesses econômicos dessa época. Nesse contexto emergiu o debate sobre a introdução de cláusulas sociais no comércio internacional. Estas seriam obrigações que deveriam satisfazer requisitos sociais específicos. Numa economia globalizada, pontos de tensão faziam com que as organizações internacionais refletissem sobre suas atuações, principalmente entre o segmento empresarial e as organizações sindicais. Se por um lado, a corrente dominante da esfera econômica exigia uma liberalização do mercado, por outro, representantes sindicais pressionavam alertando para os efeitos nocivos que tal política econômica poderia acarretar, principalmente, no que se refere à proteção social e à garantia de empregos.

Grande debate se instaurou, portanto, na década de 1990 sobre a questão do *dumping social*² e as cláusulas sociais especialmente para saber qual instituição se encarregaria de efetivá-las. Particularmente esse debate se acirrou após a criação oficial da Organização Mundial do Comércio (OMC) em 1995, que anteriormente recebia a nomenclatura de Acordo Geral de Tarifas e Comércio

² Costuma-se definir o Dumping Social como uma prática de certas empresas que procuram aumentar os seus lucros deslocando-se de um local para outro onde os salários são mais baixos e/ou os direitos dos trabalhadores são mais precários.

(GATT)³. Uma corrente de pensamento defendeu que as cláusulas sociais fossem de responsabilidade da OMC. O principal argumento desta posição foi que a OMC seria capaz estabelecer mecanismos de sanção aos países que não as respeitassem, atribuição essa impossível de se concretizar com a OIT devido ao caráter de adesão e ratificação voluntária dos países membros e pela ausência de formas de controles internacionais.

O tema é bastante controverso e não aprofundaremos essa discussão neste trabalho. De todo modo ele representa um questionamento da própria atuação da OIT e da sua eficácia enquanto uma instituição capaz de manter padrões normativos numa sociedade cada vez mais globalizada. O que nos interessa aqui é percebermos alguns desdobramentos desse processo. O primeiro deles foi o entendimento dos organismos internacionais de que a normatização das cláusulas sociais deveria ficar ao encargo da OIT. O segundo foi a reafirmação dos próprios padrões mínimos de garantias trabalhistas internacionais, do que ficou conhecido como as 8 Convenções Fundamentais da OIT. Esses padrões mínimos foram reafirmados na 87ª sessão da Conferência Internacional do Trabalho, em 1998, com a Declaração Relativa aos Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho. As convenções fundamentais são as seguintes:

- Convenção sobre o Trabalho Forçado, 1930 (nº 29);
- Convenção sobre a Liberdade Sindical e a proteção do Direito Sindical, 1948 (nº 87);
- Convenção sobre o Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva, 1949 (nº 98);
- Convenção sobre a Igualdade de Remuneração, 1951 (nº 100);
- Convenção sobre a Abolição do Trabalho Forçado, 1957 (nº 105);
- Convenção sobre a Discriminação (Emprego e Profissão), 1958 (nº 111);
- Convenção sobre a Idade Mínima para Admissão a Emprego, 1973 (nº 138);
- Convenção sobre a Proibição das Piores Formas de Trabalho Infantil e a Ação Imediata para a sua Eliminação, 1999 (nº 182).⁴

Segundo a atual Diretora da OIT-Brasil, Laís Abramo, esta declaração estabelece que os estados-membros da OIT são obrigados a respeitarem as 8 convenções fundamentais independente de as terem ou não ratificado. Isso representa uma redefinição de padrões mínimos a serem considerados no mundo do trabalho, em princípios que estariam acima de qualquer necessidade econômica. Os direitos no mundo do trabalho, a proteção social, é apresentada como um princípio a ser mantido (Abramo: 2010, p.32).

³ Não aprofundaremos a temática para investigarmos se a criação da OMC representou de fato alguma mudança significativa da instituição de regulação do mercado internacional, mas não podemos deixar de mencionar que tal iniciativa representa um esforço das entidades internacionais em dar uma resposta mais eficaz às transformações econômicas dessa época.

⁴ Consultar o documento "A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna", 2012, p. 5. Disponível em: <http://www.oit.org.br/sites/default/files/topic/gender/pub/oit%20no%20brasil_folder_809.pdf>

Outro desdobramento desse processo que gostaríamos de mencionar se refere ao surgimento da proposta de enfoque integrado que significa a articulação, por meio de um conceito chave, de diferentes ramos de especialidade da própria OIT. Esse enfoque integrado se evidenciou no conceito *trabalho decente*, que, segundo Rodgers, Lee, Swepston e Daele (2009), surgiu na década de 1990 representando um reavivamento e um novo impulso para a instituição (p. 238). Nesse sentido, ele funcionaria como um mecanismo rearticulador da própria organização interna da OIT e num segundo momento, passando a ser um canal de comunicação para outras instituições.

Ainda para esses autores⁵ o surgimento do conceito trabalho decente está relacionado a quatro aspectos:

- 1 – uma forma de expressar o objetivo fundamental da OIT em linguagem corrente;
- 2 – uma meta global que integra as prioridades de todos os membros da OIT – empregadores, trabalhadores e do governo – constituindo assim uma base sobre a qual almeja se construir um consenso;
- 3 – um conceito integrado a partir do qual se deseja analisar e entender melhor o impacto de aspectos mais específicos do trabalho da OIT;
- 4 – um meio de organizar e administrar o trabalho da oficina.

A adoção desse sistema integrado veio, portanto, proporcionar uma mudança no direcionamento da instituição em questão. Numa primeira e rápida análise nós poderíamos dizer que ele representou uma forma de resposta aos questionamentos que a própria OIT estava sendo submetida. Através desse viés *trabalho decente* a OIT procura se redefinir no cenário internacional, bem como procura a reorganização dos seus próprios quadros. A OIT que ao longo do século XX teve uma postura progressiva de especialização, com a formação de vários escritórios específicos, a partir dos temas tidos como relevantes para o mundo do trabalho, com essa abordagem do enfoque integrado o direcionamento passa a ser outro, com o reagrupamento do escritório em torno da temática trabalho decente.

Outra consequência que nós poderíamos destacar é que ao priorizar a utilização do enfoque integrado a OIT teve que estabelecer novas formas de diálogo com os atores envolvidos de modo a convencê-los de que essa abordagem poderia apresentar melhorias para as condições de vida dos trabalhadores. Ao propor um novo diálogo, a OIT se abre a novas áreas de atuação e passa a inovar em termos de sua atuação política. Apresentaremos aqui neste trabalho um estudo de caso sobre a utilização do conceito trabalho decente no Brasil e perceberemos com mais clareza os termos dessa inovação.

⁵ Os autores apresentam alguns dados de pesquisa realizada com o Diretor Geral da OIT Juan Somavia que é tido como o articulador do conceito trabalho decente na Instituição em 1999.

3 O conceito Trabalho Decente no Brasil

No Brasil, a OIT estabelece o seu escritório na década de 1950, mantendo programas de promoção permanente das Normas Internacionais do Trabalho, da melhoria das condições de trabalho e a ampliação da proteção laboral. O Brasil ratificou, segundo o documento, “A OIT no Brasil: trabalho decente para uma vida digna”, de 2012, um total de 82 das 189 convenções da OIT⁶. Além de fornecer importantes instrumentos normativos, a OIT também tem sido divulgadora de conceitos e princípios de modo a influenciar a vida pública e social. Ericson Crivelli em seu livro “Direito Internacional do Trabalho” (2010) comenta que esses princípios estão compilados no que ele chamou de enfoque integrado, e atualmente, o que tem maior destaque é o de “trabalho decente”. Por intermédio dessa ideia-chave a OIT procura convergir os seus quatro objetivos estratégicos para o mundo do trabalho: a) a aplicação dos princípios e direitos fundamentais do trabalho; b) a criação de empregos; c) proteção social; d) e o diálogo social. A ideia tem sido utilizada como uma forma de articulação com outras instituições principalmente na década de 1990, após a Conferência Internacional de 1999.

A abordagem do enfoque integrado visa, nesse contexto de globalização, fortalecer a capacidade mundial de promover objetivos sociais universais. No Brasil a temática do trabalho decente ganhou impulso nos anos 2000 principalmente após o memorando de entendimento entre a República Federativa do Brasil⁷ e a Organização Internacional do Trabalho para o estabelecimento de um programa de cooperação técnica para a promoção de uma agenda de trabalho decente, em Genebra, no ano de 2003. Após a assinatura desse convênio, uma série de iniciativas foram engendradas no sentido de promover essa temática no Brasil.

No caso brasileiro, uma característica interessante que tem se apresentado se refere à capacidade que a OIT tem desenvolvido de divulgar a temática do trabalho decente para outras instituições importantes do poder público, como o Ministério do Trabalho e o Ministério Público do Trabalho. Estas instituições são tidas como parceiras desse projeto e várias iniciativas têm sido tomadas nesse sentido. Uma delas foi a elaboração do Plano Nacional de Emprego e Trabalho Decente (PNETD), em 2009, sendo coordenado pelo Ministério do Trabalho e Emprego cabendo a OIT a função de assessoria técnica.

O interessante é percebermos que o conceito “trabalho decente” de certa forma ganha vida própria e passa a compor o plano ideário de outras instituições de interesse do mundo do trabalho. Melhor dizendo, um conceito que inicialmente foi promovido pela OIT, mas que paulatinamente vem se tornando um importante item de reflexão para outras instituições, no caso brasileiro. Pensamos que do

⁶ Das 8 convenções fundamentais o Brasil ratificou todas salvo a 87.

⁷ Que na época era o presidente Luiz Inácio Lula da Silva.

ponto de vista sociológico seja importante compreendermos esse processo, a partir de uma reconstituição da própria história do conceito, tanto em nível internacional, quanto as suas feições apresentadas aqui no Brasil. Essa temática será desenvolvida em momento posterior de nosso trabalho como um todo. Por ora, já podemos afirmar que esse conceito tem funcionado como uma ideia-chave, um ponto de encontro de vários princípios que norteiam as políticas públicas de interesse do mundo do trabalho.

Em seu texto “*Sociologie critique et sociologie de la critique*” (1990) Boltanski, ao apresentar de uma forma geral os instrumentos de sua análise sociológica, comenta que é importante percebermos a capacidade crítica dos atores sociais, pois os mesmos são inseridos constantemente em situações de disputa. Nesse sentido, as formações discursivas, os termos utilizados pelos atores são de extrema importância para a análise sociológica. A partir desses termos os atores têm condição de argumentarem e de justificarem as suas ações. Sendo assim as práticas sociais não estariam condicionadas a elementos estritamente de ordem econômica, por exemplo, mas tais relações passariam por um viés de justificação por meio de elementos argumentativos. Sendo assim, pensamos que tal abordagem teórica nos ajuda a refletir sobre o nosso objeto de estudo, pois a grande disputa em questão é estabelecer os critérios para se considerar um trabalho decente ou não. Sendo assim, os argumentos utilizados pelos autores são de extrema importância para a nossa análise. Por esse conceito invadir outras esferas, para além da própria OIT, ele passa a adquirir novos contornos e a depender dos significados que as instituições lhes atribuem, diferentes direcionamentos são forjados no sentido de formulação de uma agenda pública.

No documento da OIT intitulado “Perfil do trabalho decente no Brasil” (2012), que contém uma série de indicadores, várias informações são apresentadas acerca do que pode ser considerado o trabalho decente. Esse conceito guarda-chuva, para essa instituição, abriga dez elementos constitutivos. São eles:

- Oportunidades de emprego
- Rendimentos adequados e trabalho produtivo
- Jornada de trabalho decente
- Combinação entre trabalho, vida pessoal e vida familiar
- Trabalho a ser abolido
- Estabilidade e segurança do trabalho
- Igualdade de oportunidades e de tratamento no emprego
- Ambiente de trabalho seguro
- Seguridade social
- Diálogo social e representação de trabalhadores e empregadores

Vemos, portanto, que a OIT não fornece uma definição fechada, uma minuciosa descrição do que deva ser considerado como o trabalho decente. Ele é entendido num sentido mais amplo de modo a integrar várias dimensões fundamentais para a esfera do trabalho. Há toda uma preocupação em não o limitar e pelo contrário, expandir a sua área de influência.

A primeira iniciativa brasileira de promoção do trabalho decente ocorreu em 2006 com o lançamento da Agenda Nacional de Trabalho Decente (ANTD), que definiu três prioridades a serem disseminadas: a geração de mais e melhores empregos, com igualdade de oportunidades de tratamento; a erradicação do trabalho escravo e eliminação do trabalho infantil, em especial em suas piores formas; e o fortalecimento dos atores tripartites e do diálogo social como um instrumento de governabilidade democrática⁸.

O Brasil também possui experiências pioneiras no mundo através da construção de agendas sub-nacionais de trabalho decente. É o caso das agendas do Estado do Mato Grosso, da Agenda Regional do ABC paulista, da Agenda da Bahia e de Curitiba. Por conta desse ineditismo o Brasil tem se colocado numa posição de vanguarda por inovar os termos da discussão em torno da temática trabalho decente.

Ampliando e intensificando a sua área de atuação a OIT lançou em 2011 a Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude (ANTDJ). Aqui as preocupações específicas se relacionam à temática dos jovens e num momento posterior iremos analisar documentos que indicam os problemas por eles enfrentados.

Outro projeto que a OIT tem desenvolvido, no período de 2008 a 2013, se intitula “Monitorando e avaliando o progresso do trabalho decente” (MAP), que conta com o financiamento da União Europeia e desenvolve-se em articulação com organismos governamentais (incluindo o Ministério do Trabalho, organizações sindicais, de empregadores e instituições de pesquisa como o IBGE e o DIEESE). O MAP tem como objetivo a criação de indicadores para que os países possam monitorar e avaliar o seu progresso em relação ao trabalho decente. Esse é um projeto piloto que se encerrará em 2013 e a OIT-Brasil ainda não divulgou os resultados desse trabalho. Ele contou com a participação de dez países, e na América Latina somente o Brasil e o Peru foram voluntários desse projeto.

Entretanto, a mais significativa de todas as iniciativas foi a realização da I Conferência Nacional de Emprego e Trabalho Decente em agosto de 2012. A Conferência foi precedida por vários espaços de discussão, sempre com a perspectiva tripartite, ampliando os canais de veiculação do conceito: foram 273 conferências preparatórias, 26 estaduais, 104 regionais, 5 microrregionais e 138 municipais. Segundo a diretora da OIT, Laís Abramo, “nunca houve um processo tão amplo com a participação de

⁸ Ver: <<http://www.oit.org.br/content/o-que-e-trabalho-decente>>

aproximadamente 25 mil pessoas. Eu diria que isso foi um ganho enorme, no sentido de ampliar os espaços de diálogo social e inserir essa discussão no país”⁹.

Muito embora esta iniciativa represente todo um esforço da OIT por promover o diálogo social, o seu desfecho não foi muito exitoso, pois durante a reunião plenária final, cujo objetivo era analisar as propostas apresentadas pelos representantes do governo, dos empregadores, dos trabalhadores e da sociedade civil nos 12 grupos de trabalho, ocorreu a retirada da delegação dos empregadores, tendo que ser suspensa a plenária.¹⁰

Percebemos, portanto, que durante a primeira década do século XXI a OIT dinamiza o seu trabalho no Brasil principalmente por conta da difusão do conceito trabalho decente. Além da Agenda Nacional de promoção do trabalho decente outras modalidades foram criadas como as agendas sub-nacionais, uma agenda específica para a juventude, e o projeto de criação de indicadores para o trabalho decente. A OIT procura manter a legitimidade do processo através do sistema de representação tripartite, muito embora não consiga, de fato, eliminar os momentos de tensão e de conflito.

4 Trabalho Decente e Juventude

Como consequência de todos esses espaços de discussão criados em torno da temática do trabalho decente, principalmente nos anos 2000, farto material documental foi criado e disponibilizado para a difusão de ideias em torno do tema. Nessa parte do trabalho iremos apresentar, especificamente, os argumentos da OIT, do Ministério do Trabalho e dos sindicatos, em relação à juventude dando um panorama da pauta de reivindicação para esse segmento da população do Brasil. Segundo a Diretora Laís Abramo, o mercado de trabalho possui uma forte presença dos jovens, entre 18 e 24 anos, não só no Brasil, mas também em outros países da América Latina: 61% na Argentina, 75% no Brasil, 48% no Chile, 70% no Paraguai e 69% no Uruguai¹¹.

Inicialmente, cabe aqui o esclarecimento acerca da faixa etária a ser considerada juvenil em nosso país. Segundo o Estatuto da Juventude, instituído recentemente em 05 de agosto de 2013, considera-se jovens as pessoas entre 15 (quinze) e 29 (vinte e nove) anos de idade. Percebemos uma longa demarcação desse limite. Os critérios estabelecidos sobre a faixa etária são de extrema importância, pois a formulação de agendas públicas está intrinsecamente pautada nesse dado.

Um interessante documento que nos fornece informações sobre a visão dos trabalhadores (por intermédio de seus representantes sindicais) é o texto de subsídio da I Conferência Nacional de Emprego

⁹ Disponível em: <[HTTP://www.oit.org.br/node/887](http://www.oit.org.br/node/887)>

¹⁰ Disponível em: <[HTTP://www.oit.org.br/node/887](http://www.oit.org.br/node/887)>

¹¹ Ver: <<http://www.oit.org.br/content/rede-latino-americana-de-agendas-de-trabalho-decente>>

e Trabalho Decente (2011)¹², que foi confeccionado a partir da representação tripartite, e dentre estes, as mais significativas centrais sindicais do país. Este documento apresenta uma pauta extensa com uma gama variada de temas que vão desde a geração de empregos, o combate à informalidade e à terceirização, à redução da carga horária para 40 horas semanais sem prejuízo ao salário. Todos os temas abordados poderiam ser direcionados também à clientela jovem, exceto o item que especificamente comenta sobre a igualdade de tratamento a ser considerada, especialmente para jovens, mulheres e população negra.

Já no documento “Trabalho Decente: o que está em jogo” (2011), lançado pela CUT com suas propostas a serem defendidas nas conferências preparatórias, o conceito trabalho decente é apresentado em oposição ao conceito precarização, principalmente aos instrumentos de proteção social. Nesse sentido, ela apresenta duas bandeiras: o combate à precarização com o resgate do seu valor social e a democratização das relações trabalhistas. Em relação à juventude esta pode ser percebida de forma subliminar em todas as propostas, mas se evidencia na reivindicação da aplicação da convenção n.111 que trata do combate à discriminação no emprego.

Em relação à visão do ministério do trabalho e emprego sobre o trabalho decente juvenil, encontramos importantes informações no documento “Agenda Nacional de Trabalho Decente para a juventude no Brasil”¹³, de 2010. Este texto é a mais significativa reflexão produzida sobre o trabalho decente e juventude no Brasil. Foi elaborado pelo Subcomitê de Trabalho Decente e Juventude¹⁴, que é coordenado pelo Ministério do Trabalho e Emprego e pela Secretaria Nacional de Juventude, vinculada à Secretaria Geral da Presidência da República. O documento foi elaborado também de forma conjunta com a OIT que teve a participação como apoio técnico.

Logo de início o documento destaca a questão da faixa etária a ser considerada. Conforme estabelecido pela convenção n.138 da OIT, a idade mínima para a entrada no mercado de trabalho é de 16 anos¹⁵. Sendo assim, deve ser combatida e erradicada qualquer inserção inferior à essa idade.

Ao contrário dos textos da OIT que não trazem uma definição específica do que seja o trabalho decente, apenas apresentando linhas temáticas gerais, este texto traz uma definição própria desse conceito. Segundo ele:

¹² Ver: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D3585FB2B0135B11DF1F3125E/Texto%20de%20Subs%C3%ADdio%20da%20I-CNETD%20Atualizado%20em%2002-09-2011.pdf>>

¹³ Disponível em: <<http://portal.mte.gov.br/data/files/8A7C812D2E7318C8012FE53F261E58FB/Agenda%20Nacional%20do%20Trabalho%20Decente%20para%20a%20Juventude.pdf>>

¹⁴ Criado por decreto presidencial, em junho de 2009, o Subcomitê é composto por integrantes do Conselho Nacional de Juventude (Conjuve), do Conselho Nacional dos Direitos da Criança e do Adolescente, do Ministério da Ciência e Tecnologia, do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA) e por representantes de outros órgãos, indicados pelo comitê executivo do colegiado.

¹⁵ Exceto nas situações de aprendizagem estabelecidas pela Lei da Aprendizagem (Lei 10.097/2.000) a partir dos 14 anos.

O Trabalho Decente (TD) pode ser compreendido como uma condição fundamental para a superação da pobreza e a redução das desigualdades sociais, a garantia da governabilidade democrática e o desenvolvimento sustentável. Em inúmeras publicações, o Trabalho Decente é definido como o trabalho produtivo e adequadamente remunerado, exercido em condições de liberdade, equidade e segurança, capaz de garantir uma vida digna (p.4).

Comenta também que as preocupações públicas com esse grupo é recente e tem levantado controvérsias sobre as ações prioritárias a serem desenvolvidas. A principal questão seria referente ao ingresso ou não no universo de trabalho que o jovem tem acesso e se isso poderia influenciar na qualidade do seu trabalho. Isso significa pensar em que momento a juventude deveria ser estimulada, ou não, para o ingresso nesse chamado mundo do trabalho, em quais condições e com qual jornada.

Destaca também a questão das jovens mulheres de baixa renda que têm que conciliar o trabalho, os estudos e a vida familiar. Salienta que se torna central a instituição de políticas públicas e práticas que contribuam para a ampliação de chances dessa camada da população. Sendo assim, as desigualdades sociais marcam profundamente a entrada desse jovem no mercado de trabalho. Os de classe mais alta têm menores índices de desemprego e uma inserção mais protegida do mercado de trabalho.

Outro problema crônico se refere à questão do desemprego juvenil, que sempre permanece mais alto em relação ao desemprego dos adultos e mesmo o crescimento econômico, afirma o documento:

não resolve inteiramente o problema do desemprego entre os jovens, particularmente aqueles de mais baixa renda, de baixa escolaridade, as mulheres, os negros e os moradores de áreas urbanas metropolitanas, para os quais as taxas de desemprego são mais elevadas (p.8).

A questão da educação, como o acesso ao ensino médio, embora, destaque o documento, não seja suficiente para garantir o acesso ao trabalho decente, ela é uma condição fundamental para aumentar as chances a um melhor trabalho.

Outro aspecto levantado por este texto se refere às situações da juventude rural e dos jovens de comunidades tradicionais. Suas especificidades devem ser consideradas em uma Agenda de Trabalho Decente para a Juventude e as ações devem ser diferenciadas.

Uma proposta apresentada neste documento se refere ao estímulo ao empreendedorismo para geração de trabalho e renda para jovens dos 18 aos 29 anos, desde que se tenha de fato, criação de linhas de crédito e de apoio à formalização do empreendimento associado à melhoria na qualidade dos postos de trabalho. E que sejam estimuladas não somente propostas individuais, mas também empreendimentos coletivos, como a promoção da economia solidária desenvolvida no âmbito do Ministério do Trabalho e Emprego.

Outro ponto destacado como um ganho para os jovens foram as recentes mudanças pelas quais a fase do estágio passou com a Lei n. 11.788/2.008. Como apresenta o documento:

Continua não caracterizando vínculo de emprego, mas delimitou-se uma série de direitos ao estagiário, tais como: um recesso de 30 dias após um ano de duração do estágio; garantias da

legislação sobre saúde e segurança no trabalho, seguro contra acidentes pessoais; jornada de trabalho máxima de acordo com o nível de ensino que estiver cursando; redução da carga horária pela metade em semanas de prova; no caso de estágio nãoobrigatório, o estudante deve receber uma bolsa ou alguma outra forma de pagamento e auxílio transporte; e no caso de estágio obrigatório, a concessão desses benefícios é opcional (p.18).

E, além de todo esse panorama, que apresenta as dificuldades enfrentadas pelos jovens do Brasil, o documento destaca a complexidade do desafio de criação de espaços de escuta dos próprios jovens e de diálogo entre estes e os diferentes setores da sociedade.

O documento propõe, ao final de sua análise quatro prioridades para uma Agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude:

- 1) Mais e melhor educação;
- 2) Conciliação de estudos;
- 3) Inserção ativa e digna no mundo do trabalho;
- 4) Diálogo Social: juventude, trabalho e educação.

5 Considerações Finais

Procuramos neste texto destacar a temática do trabalho decente dentro da perspectiva da Organização Internacional do Trabalho e a sua atuação no Brasil. Primeiramente fornecemos um panorama a respeito da sua importância no cenário internacional enquanto uma instituição capaz de fornecer instrumentos normativos por intermédio do sistema de ratificação das convenções entre os países-membros. A OIT ao longo de todo o século XX teve que, em determinados momentos críticos, reafirmar os seus ideais e os seus compromissos. Conseguiu um grande prestígio diplomático, em especial por sua composição tripartite, muito embora tal perspectiva em defesa do diálogo social não consiga eliminar a dimensão da tensão e do conflito.

Com o processo de globalização e de redefinição do próprio Direito do Trabalho no mundo contemporâneo a OIT se vê novamente num período de grande reflexão e de redefinição do seu próprio papel. Nesse sentido lança importantes documentos como a “Declaração relativa aos princípios e direitos fundamentais do trabalho”, de 1998, e o “Pacto Mundial do Trabalho”, adotado em 2009, reafirmando os princípios de justiça social. Nesse contexto, em especial durante a década de 1990, é que emerge a proposta de um enfoque integrado, por meio de ideias-chaves que sejam capazes de articular questões amplas em diferentes esferas institucionais. O exemplo mais significativo desse processo é o desenvolvimento do conceito *trabalho decente* que funciona como uma espécie de sintetizador de antigas e novas demandas para o mundo do trabalho possibilitando uma interlocução com outras instituições e segmentos sociais.

No Brasil a temática do trabalho decente se desenvolveu na primeira década do século XXI atendendo à proposta de cooperação assinada entre o governo brasileiro e a OIT no ano de 2003, em Genebra. A partir de então, uma série de instâncias foram geradas de modo a desenvolver essa temática. Fóruns de discussão, grupos de trabalho, Agendas Nacionais e Sub-nacionais, Projetos de criação de indicadores, são exemplos do dinamismo que a temática tem alcançado em nosso país. O interessante é perceber o processo de irradiação e ramificação desse conceito: uma ideia-chave criada no âmbito da OIT, mas que se enraíza e paulatinamente passa a ser uma “bandeira de luta” de outras instituições.

Dentre todas as iniciativas efetivadas a instauração de uma agenda específica para a juventude demonstra a gravidade das dificuldades enfrentadas por esse segmento social. Componentes importantes para o mercado de trabalho, os jovens entre 15 e 29 anos se constituem como uma categoria merecedora de uma atenção específica pela OIT e pelo poder público. A criação da agenda Nacional de Trabalho Decente para a Juventude (ANTDJ) marca a culminância desse processo.

Em nossa análise documental, em relação aos sindicatos, o conceito trabalho decente é visto em oposição à ideia de precarização do trabalho. Em torno do conceito trabalho decente antigas reivindicações são articuladas como: o combate ao desemprego, a ampliação dos postos de trabalho e a crítica à terceirização. Os jovens são considerados como categorias sociais a serem protegidas, bem como as mulheres e a população negra.

Na visão do Ministério do Trabalho e da OIT, evidencia-se a preocupação com o cumprimento dos critérios estabelecidos para a idade mínima de inserção no trabalho bem como a questão do desemprego juvenil, que tem mantido índices elevados, mesmo em momentos de progresso econômico. A análise sobre a composição do mercado de trabalho sob a ótica das desigualdades sociais também teve grande destaque para essas instituições. A intenção é que tal reflexão ajude a criar mecanismos para que sejam minimizadas tais distorções de modo a se ampliar as chances dos grupos menos favorecidos. Sendo assim destaca algumas questões fundamentais como a conciliação entre o trabalho e o estudo, a geração de postos de trabalho, a melhoria na educação, e a melhoria dos canais de discussão e inserção do jovem no debate político.

Estamos cientes que o trabalho aqui apresentado necessita de maiores investigações, entretanto, esperamos que ele possa vir a contribuir estimulando os estudos em torno da temática proposta.

Referências

ABRAMO, Laís. “A Constituição de 1988 e o mundo do trabalho no Brasil”. In: KREIN, José Dari, SANTANA, Marco Aurélio, BIAVASCHI, Magda Barros. **Vinte anos da Constituição Cidadã no Brasil**. São Paulo: LTr, 2010.

BOLTANSKI, Luc. “Sociologie critique et sociologie de la critique”. In: *Politix*. Vol.3, nº 10-11. Deuxième et troisième trimestre, 1990. pp.124-134.

BRONSTEIN, Arturo. **Derecho Internacional y Comparado del Trabajo** – Desafios actuales. Ginebra: OIT, 2010.

CRIVELLI, Ericson. **Direito Internacional do Trabalho Contemporâneo**. São Paulo: LTr, 2010.

URIARTE, Oscar Ermida. **Globalización y relaciones laborales**, 2001. Disponible en:
<<http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2011/06/globalizacion-y-relaciones-laborales-oscar-ermida.pdf>>

RODGERS, Gerry, LEE, Eddy, SWEPSTON, Lee, DAELE, Jasmien Van. **La Organización Internacional del Trabajo y la lucha por la justicia social**, 1919-2009. Ginebra: OIT, 2009.

SÜSSEKIND, Arnaldo. **Direito Internacional do Trabalho**. São Paulo: LTr, 1987.

O presente trabalho se destina a analisar, à luz do Princípio da Primazia da Realidade, a possibilidade de haver uma relação de emprego entre o cidadão encarcerado e a empresa privada instalada dentro da unidade prisional, tendo como fito averiguar quais as consequências desse vínculo nas realidades jurídica e social.

A metodologia utilizada para coleta dos dados que deram suporte à realização desta pesquisa englobou entrevista feita com internas que exercem atividade laboral regularmente em empresa instalada no Instituto Penal Feminino Auri Moura Costa, localizado em Itaitinga, no Ceará. Ademais, foram analisados documentos, com o fito de investigar a natureza teoricamente estabelecida desse trato.

Nesse contexto, percebidos os elementos que compõem uma relação típica de emprego, tendo como pano de fundo o Princípio da Primazia da Realidade, discute-se o artigo 28, parágrafo 2º, da Lei de Execução Penal, que nega a incidência da Consolidação das Leis Trabalhistas no âmbito prisional, propondo, assim, uma reflexão sobre a recepção deste dispositivo pela Constituição Federal de 1988, tendo como base o seu artigo 6º, que versa sobre direitos sociais.

Dentro dessa perspectiva, apontamos a importância do trabalho na realidade carcerária como uma forma de afastar os malefícios do ócio, além de preparar para a reinserção da pessoa presa no convívio social, principalmente em se tratando de empresas privadas. É relevante atentar, entretanto, para o perigo de essa relação de trabalho estar mascarando uma relação de exploração, fato que desrespeitaria a dignidade da pessoa humana.

2 O Direito ao Trabalho à luz da Constituição Federal de 1988

No Brasil, as leis que tratavam do Direito do Trabalho foram sistematizadas na Consolidação das Leis Trabalhistas (CLT), por meio do decreto-lei 5.452/1943, a fim de compilar essa legislação, que, antes, era dispersa em nosso ordenamento jurídico. A partir de então, os direitos trabalhistas passaram a ser vistos com cada vez mais destaque pelos constituintes brasileiros, como é possível evidenciar na constituição de 1988, “que firmou princípios basilares para a ordem jurídica, o Estado e a sociedade – grande parte desses princípios elevando ao ápice o trabalho e o emprego”. (DELGADO, M. G. 2015, p. 80)

2.1 Trabalho como direito social-fundamental

Em nossa constituição vigente, os direitos fundamentais assumem uma posição relevante em relação às suas demais normas, por serem conteúdo tipicamente constitucional (BONAVIDES, 2014, p. 80). Diferentemente dos alemães e dos espanhóis, por exemplo, o constituinte brasileiro de 1988 deu aos direitos sociais um novo status, fazendo-os compor o rol de direitos fundamentais. Novais (2010),

inclusive, chama atenção para a necessidade de, em um Estado social e democrático de Direito, tratar-se direitos sociais com o mesmo destaque com que se trata direitos de liberdade.

[...] do ponto de vista da dogmática jurídico-constitucional vigente, uma tal discussão tem um interesse menor. Pura e simplesmente, Constituições como a portuguesa ou a brasileira resolverem esse problema: os direitos sociais são, entre nós, direitos fundamentais e foram reconhecidos expressamente pela Constituição nessa qualidade. (NOVAES, 2010, p. 252).

Em contrapartida, há visão contrária, principalmente nos países periféricos – que não tiveram uma diferenciação funcional efetiva entre direito e política na passagem da pré-modernidade para a modernidade (NEVES, 2013) –, onde, majoritariamente, trata-se os direitos sociais com receio, considerando-os fundamentais, mas mascarando uma visão discriminatória deles enquanto tais. Assim, em um contexto de indiferenciação dogmática entre direitos de liberdade e direitos sociais, o direito do trabalho, como direito social-fundamental, compreende grande importância. Com efeito, Paulo Bonavides (2002) expressa:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétreia e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. Em outras palavras, pelos seus vínculos principais (...) os direitos sociais recebem em nosso direito constitucional positivo uma garantia tão elevada e tão reforçada que lhes faz legítima a inserção no mesmo âmbito conceitual da expressão direitos e garantias individuais do art. 60. Fluem, por conseguinte, uma intangibilidade que os coloca inteiramente além do alcance do poder constituinte ordinário, ou seja, aquele poder derivado, limitado e de segundo grau, contido no interior do próprio ordenamento jurídico. (BONAVIDES, 2002, p. 594-595).

2.2 A relevância do Trabalho como valor social

Inicialmente, cabe citar o que foi revelado por Delgado:

O trabalho não violará o homem enquanto fim em si mesmo, desde que prestado em condições dignas. O valor da dignidade deve ser o sustentáculo de qualquer trabalho humano. Por esta razão é que se defende a tese de que, pelo menos, os direitos trabalhistas alçados à qualidade de indisponibilidade absoluta sejam assegurados a todo e qualquer trabalhador. Onde o direito ao trabalho não for minimamente assegurado (por exemplo, com o respeito à integridade física e moral do trabalhador, o direito à contraprestação pecuniária mínima), não haverá dignidade humana que sobreviva. (DELGADO, 2006, p. 74)

Quando as relações de trabalho não eram amplamente amparadas pelo princípio da dignidade da pessoa humana⁵, e o homem era, usualmente, exposto a circunstâncias abusivas como a escravidão, o valor do trabalho era socialmente detratado. Decorridos os diversos momentos históricos nos quais o trabalho foi sendo remodelado pela sociedade, ao passo que esta foi reconhecendo a carência de maior

⁵ 1 “Assim sendo, temos por dignidade da pessoa humana a ‘qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos””. (SARLET, 1988, p. 59-60)

reconhecimento e devida regulamentação do labor, atinge-se a atualidade, na qual ele se destacou, inclusive no que concerne ao seu valor social.

Fundamentado na sua relação direta com a construção da dignidade da pessoa humana, o trabalho, além de sua perspectiva prática, carrega questões subjetivas e intrínsecas do homem. O trabalho, que já foi visto como uma questão simplesmente obrigacional, na modernidade tende a ter um caráter mais pessoal e vocacional, responsabilizando-se pelo despertar de, muitas vezes, os principais objetivos do homem enquanto ser ativo e disposto a exercer atividade deliberada para sua contribuição social.

As relações de emprego, por sua vez, especializam-se quanto ao trabalho, isto é, tomam forma determinada e distanciam-se do sentido de Trabalho *lato sensu*, compreendendo elementos próprios que caracterizam e compõem a relação. A atividade laboral, entretanto, não se resume a relações empregatícias, mas relaciona-se com a prática de atividades que visam alcançar determinado fim, sejam elas físicas ou intelectuais, por exemplo, e não necessitando de remuneração para que se identifique como trabalho.

Frente à sociedade, o desemprego, o ócio ou a estabilidade da desocupação acarretam uma imagem estigmatizada, visto a valorização do trabalho enquanto valor. As atividades do gênero trabalhista, sejam de qual espécie for, servem, por exemplo, como fonte e distribuição de renda, no setor da Economia, como forma de o homem se sentir útil e, ainda, como meio para indivíduos se relacionarem entre si, nas esferas pessoal e social.

Analisando-se o trabalho ante a ontologia do ser social, ressalta Lukács:

Somente o trabalho tem na sua natureza ontológica um caráter claramente transitório. Ele é em sua natureza uma inter-relação entre homem (sociedade) e natureza, tanto com a natureza inorgânica (...), quanto com a orgânica, inter-relação (...) que se caracteriza acima de tudo pela passagem do homem que trabalha, partindo do ser puramente biológico ao ser social (...). Todas as determinações que, conforme veremos, estão presentes na essência do que é novo no ser social estão contidas *in nuce* no trabalho. O trabalho, portanto, pode ser visto como um fenômeno originário, como modelo, protoforma do ser social (...) (LUKÁCS, 1980: IV-V)

À vista disso, “o trabalho está no centro do processo de humanização do homem” (ANTUNES, 2000, p.136). Constata-se, desse modo, que o trabalho possibilitou o alcance da condição de ser social.

3 A especificidade da Primazia da Realidade como Princípio do Direito do Trabalho

Com o fim da 2ª Guerra Mundial e a queda do regime nazista (MARMELSTEIN, 2014, p. 9), os princípios passaram a ocupar um papel de “pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais” (BONAVIDES, 2014, p. 269). Ronald Dworkin, nesse contexto, inaugurou uma discussão a respeito desse tipo de norma ao fazer um ataque geral ao Positivismo Jurídico, principalmente ao de Hebert Hart, levando – além das regras – os princípios a sério.

(2002, p. 35-46) Dentro da classificação de Paulo Bonavides (2014, p. 260-302), nessa perspectiva, Dworkin, assim como outros autores, está inserido como autor da época chamada pós-positivista, na qual há o destaque para a axiologia dentro da realidade constitucional.

Dali parte Dworkin para a necessidade de tratar-se os princípios como direito, abandonando, assim, a doutrina positivista e reconhecendo a possibilidade de que tanto uma constelação de princípios quanto uma regra positivamente estabelecida podem impor obrigação legal. (BONAVIDES, 2014, p. 271)

Nesse sentido, apesar de Dworkin ter sido – e continuar sendo – criticado pelo seu modelo de regras I, como se tivesse cometido a falácia do espantalho, ou seja, distorcido a tese positivista ao expor o esqueleto que fez do positivismo, para usar essa distorção em favor de sua crítica posterior ao positivismo, é certo que Ronald Dworkin lançou um debate importante acerca da valorização das normas com estrutura de princípios.

É dentro dessa perspectiva que se pretende elevar a importância das normas-princípio, especialmente em se tratando de Direito do Trabalho. Nessa área, é praticamente pacífico o entendimento de que, geralmente, a relação existente entre contratado e contratante é de hipossuficiência, estando aquele sob a (maior) proteção dos dispositivos jurídicos, a fim de tornar mais igualitário esse trato. São inúmeras as considerações que podem ser feitas a respeito dos princípios trabalhistas, porém, dar-se-á mais atenção ao Princípio da Primazia da Realidade.

Em diversos momentos, pode-se perceber, no contexto de relações trabalhistas, a discrepância entre os instrumentos escritos e o que, na realidade, ocorre, buscando atingir o equilíbrio desse vínculo. Pode-se citar como exemplo, nesse sentido, o fenômeno da pejetização (DELGADO, G., 2006), o qual se caracteriza pela criação de uma pessoa jurídica pelo empregado, a fim de descaracterizar elementos típicos de uma conjuntura de emprego, fazendo surgir um elo que, teoricamente, é entre duas empresas, mas, na prática, mascara essa relação, fato que burla as garantias trabalhistas. Surge, dessa forma, o Princípio da Primazia da Realidade sobre a Forma, com o fito de encontrar a verdade real (DELGADO, M., 2015, p. 211) e descobrir tais abusos. É também relevante, nesse contexto, fazer menção ao Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, que “traduz a inviabilidade técnico-jurídica de poder o empregado despojar-se, por sua simples manifestação de vontade, das vantagens e proteções que lhe asseguram a ordem jurídica e o contrato” (DELGADO, M., 2015, p. 204).

No Direito do Trabalho, deve-se pesquisar, preferencialmente, a *prática concreta, efetivada ao longo da prestação de serviços*, independentemente da vontade eventual manifestada pelas partes na respectiva relação jurídica. A prática habitual – na qualidade de uso – altera o contrato pactuado, gerando direitos e obrigações novos às partes contratantes (respeitada a fronteira da inalterabilidade contratual lesiva) (DELGADO, M., 2015, p. 211).

Desse modo, sendo uma ampliação do artigo 112 da Lei nº 10.406 de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil Brasileiro) *in verbis*: “Nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção nelas

consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem”, aplicado ao Direito do Trabalho, o Princípio da Primazia da Realidade evidencia a preocupação do nosso ordenamento jurídico com a real garantia dos direitos trabalhistas, à luz, além do Princípio da Indisponibilidade dos Direitos Trabalhistas, do Princípio da Isonomia, constitucionalmente previsto, que cuida da igualdade material – e não meramente formal – entre as partes (MARMELSTEIN, 2014, p. 74).

4 O direito-dever ao Trabalho no âmbito laboral-carcerário

Diante do exposto a respeito do trabalho *latu sensu*, priorizar-se-á, neste momento, considerações específicas sobre o trabalho no âmbito prisional, dentro de uma perspectiva das novas relações trabalhistas que surgiram na contemporaneidade.

Já se sabe que o trabalho é tido, na maioria das vezes, como forma de se alcançar o sustento, individual e familiar; de contribuir com a sociedade, relacionar-se e, em última instância, de atingir a realização pessoal, principalmente quando se enxerga o trabalho como vocação. Além disso, o trabalho pode servir, também, para afastar o ócio, em especial quando se pensa na realidade carcerária, na qual os privados de liberdade estão sujeitos a uma rotina repetitiva durante o período em que estão cumprindo a pena, estando expostos, dessa forma, a um desgaste emocional que pode vir a ser, muitas vezes, sufocante.

Vale ressaltar, para que o trabalho no âmbito prisional seja compreendido de maneira adequada, que a pena não tem apenas função retributiva, mas engloba, também, um lado ressocializador, ou seja, além de reprovar o mal produzido, servindo como uma espécie de compensação feita pelo condenado, a pena tem como finalidade recuperar o indivíduo, facilitando sua reinserção na sociedade. (GRECO, 2014, p. 481-484)

Há quem defenda, nesse contexto, que a pena privativa de liberdade não é nem a melhor opção quando se pensa além de sua função retributiva. César Barros Leal alerta:

Essa situação é demasiado grave em grande parte dos países latino-americanos, onde: falta muito para que as prisões percam sua hegemonia vetusta e espúria que apenas contribui para exacerbar as desigualdades socioeconômicas e ampliar os índices de criminalidade cada vez mais violenta e organizada. Bilhões de reais, de pesos, de bolívares, de colones, de guaranis, de quetzais se gastam – ou devo dizer: se desperdiçam? – para manter um sistema que se revelou perverso, iníquo, pois nada mais faz – toda exceção preservada – do que perverter, que contaminar os que ali ingressam para cumprir uma pena de curta, média ou longa duração, ou esperar um julgamento que pode, pela morosidade da justiça, durar anos – acabando por absolve-los ou condená-los a uma pena ironicamente inferior ao tempo de custódia –, ou melhor, nunca ocorre. Anos que para os internos, os descalços, os carentes, os que não lograram contratar uma defesa apropriada, agora imersos na inação, na falta de assistência, a promiscuidade, no esquecimento, são como séculos, pois o tempo tem a dimensão num encerro, medindo-se pelo cronômetro da desesperança e pelo anseio ineludível de liberdade (LEAL, 2014, p. 119).

É nesse aspecto que o trabalho, como combate ao ócio nas unidades prisionais e, ainda, como maneira de (re)socializar os privados de liberdade, surge, tanto como dever, nos trâmites do artigo 31 da Lei 7210/84, tanto como direito, baseando-se nas consequências do artigo 6º da Constituição Federal de 1988.

Como dever, previsto no artigo 39, inciso V da LEP – “Constituem deveres do condenado: execução do trabalho, das tarefas e das ordens recebidas –, no sentido de afastar os desgastes emocionais causados por um eventual ócio dentro da área prisional, a laborterapia (NUCCI, 2016, p.184), na execução da pena do interno se faz imprescindível, sendo, por essa perspectiva, de fato, um dever – obrigatório para os condenados, mas facultativo para os provisórios –, quando se considera a função ressocializadora da pena. Nesse sentido, prevê o supracitado artigo da Lei de Execução Penal (LEP):

Art. 31. O condenado à pena privativa de liberdade está obrigado ao trabalho na medida de suas aptidões e capacidade.

Parágrafo único. Para o preso provisório, o trabalho não é obrigatório e só poderá ser executado no interior do estabelecimento.

O Trabalho, ainda nesse contexto, baseando-se no artigo 34, parágrafo 1º, da LEP, é gerenciado e supervisionado pelo próprio Estado, por meio de fundações ou empresas públicas, com autonomia administrativa, visando à capacitação profissional do condenado, e, ainda, não sendo admitido o lucro significativo decorrente dessa atividade diretamente pelos internos, ressaltando-se que as verbas arrecadadas deverão ser revertidas em favor da fundação ou empresa pública ou, na sua falta, para o estabelecimento prisional, de acordo com o artigo 35, parágrafo único da LEP. Nesse sentido, confirma a LEP:

Art. 34. O trabalho poderá ser gerenciado por fundação, ou empresa pública, com autonomia administrativa, e terá por objetivo a formação profissional do condenado.

§ 1o. Nessa hipótese, incumbirá à entidade gerenciadora promover e supervisionar a produção, com critérios e métodos empresariais, encarregar-se de sua comercialização, bem como suportar despesas, inclusive pagamento de remuneração adequada. (Renumerado pela Lei nº 10.792, de 2003)

Art. 35. Os órgãos da Administração Direta ou Indireta da União, Estados, Territórios, Distrito Federal e dos Municípios adquirirão, com dispensa de concorrência pública, os bens ou produtos do trabalho prisional, sempre que não for possível ou recomendável realizar-se a venda a particulares.

Parágrafo único. Todas as importâncias arrecadadas com as vendas reverterão em favor da fundação ou empresa pública a que alude o artigo anterior ou, na sua falta, do estabelecimento penal.

Como direito, o Trabalho não é suprimido quando há privação de liberdade, conforme expresso nos artigos 3º da LEP – “Ao condenado e ao internado serão assegurados todos os direitos não atingidos pela sentença ou pela lei” – e 38 da lei 2848/40 (Código Penal) – “preso conserva todos os direitos não atingidos pela perda da liberdade, impondo-se a todas as autoridades o respeito à sua integridade física e moral” –, ou seja, não é porque o indivíduo cometeu um delito que ele deve ser privado de absolutamente

todos os seus direitos; resiste-lhe, ainda, a condição essencial de ser humano, digno de ser respeitado como tal, em concordância com o artigo 5º, XLIX da CF/88:

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

Nessa perspectiva, afinal, deve-se, sempre, lembrar que todos os seres humanos são falíveis e imprevisíveis, estando sujeitos às obscuridades da mente, muitas vezes comandada pelo inconsciente, que fazem os nossos comportamentos serem incertos diante de diversas circunstâncias. Desse modo, dando-se valor a alteridade, colocando-se no lugar do outro, pode-se perceber a pertinência de se enxergar a pessoa presa do jeito como qualquer ser humano deve ser compreendido: situada histórica e contextualmente, tendo a sua dignidade devidamente respeitada. Essa pertinência é imprescindível principalmente na realidade carcerária brasileira, na qual se nota que grande parte dos sujeitos envolvidos com o crime no País são oriundos das classes sociais mais desfavorecidas e, conseqüentemente, estando, na prática, às margens da sociedade elitizada; ainda, esse público é obrigado a lidar com a aplicabilidade claramente seletiva do Direito Penal.

4.1 As parcerias público-privadas no Ceará

Devido a diversos fatores, dentre os quais a superlotação dos presídios brasileiros, o Estado sentiu a necessidade de estimular a presença ainda maior da sociedade civil no âmbito carcerário. Na realidade cearense, nas últimas três gestões do Governo do Estado, por meio de sua Secretaria da Justiça e Cidadania, notou-se uma crescente preocupação com a humanização do sistema, o que demonstra o fato de os gestores públicos, finalmente, despertarem, sensibilizando-se com a questão penitenciária.

Nesse contexto, algumas empresas privadas, objetivando colaborar com o processo de ressocialização, além de ser beneficiada economicamente em virtude disso, foram instaladas dentro de unidades prisionais cearenses; vários são os projetos iniciados, por exemplo, no Instituto Penal Feminino Auri Moura Costa, o qual será nosso objeto específico de estudo, localizado em Itaitinga, no estado do Ceará, que instrumentalizam esse tipo de convênio. Esses projetos visam à capacitação das internas, por meio de cursos profissionalizantes, com enfoque em, por exemplo, cortes de cabelo, maquiagem, costura, além da produção de artesanatos e de bordados.

No que tange ao projeto Bordando Vidas, desde o mês de maio do ano passado, internas trabalham para empresa privada –, sob à égide do convênio n. 021/2015, publicado no Diário Oficial do

Estado em sua série 3, ano VII, nº 131, em Fortaleza, na data 17 de julho de 2015 –, realizando um trabalho de bordado nos artigos *jeans luxo*, com orientações da equipe de estilo da empresa.

Com efeito, o projeto Bordando Vidas conta com a participação, atualmente, de sete internas, inseridas na faixa etária de 31 a 39 anos, com ensino fundamental completo; dentre elas, apenas uma é presa condenada, entretanto é fundamental expor que a empresa tem objetivo de trabalhar, posteriormente, apenas com presas condenadas, devido à reconhecida instabilidade das provisórias. Além disso, é importante ressaltar que a seleção das internas independe do crime cometido, sendo utilizado, em verdade, o critério de aptidão e capacidade, bem como histórico de bom comportamento e participação prévia em outros projetos inseridos na unidade. Também é válido constar que, dentre as internas trabalhadoras, há uma que é supervisora.

Pretendeu-se analisar, nesse sentido e à luz do Direito do Trabalho e do Direito Constitucional, especialmente do Princípio da Primazia da Realidade, se a teoria e a prática são correspondentes entre si. O artigo 116 da lei 8666/93 (Lei de Licitação) e a Resolução 96 de 27 de outubro de 2009, do Conselho Nacional de Justiça (CNJ) são utilizados, dentro do contexto da Lei de Execução Penal, como fundamento para que aconteça esse tipo de convênio do governo do estado do Ceará com a iniciativa privada.

Vale ressaltar que não será objeto desta pesquisa a viabilidade de um convênio entre Estado e empresa privada a fim de implementar oficinas e/ou postos de trabalho nas unidades prisionais, mas analisar a natureza da relação laboral-carcerária existente entre a interna e a empresa privada.

4.2 Análise da relação existente entre empresa e encarcerado

Habitualmente, adota-se os termos relação de emprego e relação de trabalho como se fossem sinônimos, significando o vínculo empregatício entre empregador e empregado. Porém, são termos distintos e a diferença entre eles tem efeitos relevantes na prática, principalmente para analisar a incidência ou não das garantias trabalhistas. Nesse contexto, a relação de emprego é uma das espécies do gênero relação de trabalho, sendo esta mais ampla, garantindo menos direitos trabalhistas que aquela, evidenciando a importância dessa distinção para assegurar, quando cabível, a garantia dos princípios, regras e institutos justralhistas (DELGADO, M., 2013, p. 279).

Nesse cenário de discussão sobre a relação de emprego, faz-se necessário observar os elementos que a compõem, quais sejam (1) trabalho por pessoa física, (2) pessoalidade, (3) não-eventualidade, (4) onerosidade e (5) subordinação, como previsto no artigo 2º combinado com o artigo 3º da Consolidação das Leis Trabalhistas (Decreto-Lei n.º 5.452, de 1º de maio de 1943):

Art. 2º - Considera-se empregador a empresa, individual ou coletiva, que, assumindo os riscos da atividade econômica, admite, assalaria e dirige a prestação pessoal de serviço.

Art. 3º - Considera-se empregado toda pessoa física que prestar serviços de natureza não eventual a empregador, sob a dependência deste e mediante salário.

Analisando o conceito de cada elemento e enquadrando-os à realidade laboral-carcerária, chega-se aos seguintes resultados:

No quesito (1) prestação de trabalho por pessoa física, é evidente e explícito que essa característica está presente na relação em análise, tendo em vista que, de acordo com o artigo 6º do Código Civil Brasileiro, que diz que a existência da pessoa natural (física) só é encerrada com a morte. Em relação à (2) personalidade, contribui Godinho:

A relação jurídica pactuada – ou efetivamente cumprida – deve ser, desse modo, *intuitu personae* com respeito ao prestador de serviços, que não poderá, assim, fazer-se substituir intermitentemente por outro trabalhador ao longo da concretização dos serviços pactuados. Verificando-se a prática de substituição intermitente – circunstância que torna impessoal e fungível a figura específica do trabalhador focado -, descaracteriza a relação de emprego, por ausência de seu segundo elemento fático-jurídico (DELGADO, 2013, p. 283).

Desse modo, após entrevista com as internas, as quais optaram por terem as suas identidades preservadas, foi possível constatar que tal atributo – personalidade – se encontra presente na relação em questão, tendo em vista que, caso alguém falte o trabalho, sofrerá penalidades, não sendo possível a substituição por outrem, mesmo que esta seja suficientemente capacitada. Quando entrevistada, a interna supervisora respondeu: *“Vocês não vão acreditar, mas acredita que, desde que comecei, eu nunca faltei um dia? Pois é, eu venho independente de qualquer coisa. Mas, o que acontece é que a gente deixa de receber por aquele dia, né? O valor é descontado, não pode mandar ninguém para substituir não, mas confio nas meninas aqui. Se eu faltar, sei que elas vão conseguir se virar direitinho”*.

No que tange ao requisito da (3) não-eventualidade, não ignorando o fato do conceito desse termo ser um dos assuntos mais contravertidos do Direito do Trabalho, adotar-se-á, nesta pesquisa, o posicionamento de Maurício Godinho, o qual apresenta que, para existir relação de emprego, é fundamental que haja um vínculo de permanência, ainda que por um curto período determinado, com o fito de não se caracterizar o trabalho esporádico (DELGADO, 2013, p. 285). Em entrevista, quando questionadas sobre a frequência da prestação de serviço, as internas mencionaram que realizam atividades de 8 às 16 horas, de segunda a sexta-feira, exatamente como acordado no Convênio entre a empresa privada e o Governo do estado. Além disso, uma entrevistada ressaltou, orgulhosamente, o fato de que nunca faltara ao trabalho. Entretanto, na ocasião, duas internas haviam se ausentado por motivo de saúde, o que despertou o interesse em questionar o que acontece em casos como esse, sendo informado, então, que o não comparecimento ao trabalho é justificado por meio de atestados médicos. É perceptível, dessa maneira, que esse requisito é observado na relação laboral-carcerária em estudo.

A onerosidade (4) é o elemento no qual se caracteriza o recebimento da remuneração como contraprestação do serviço prestado, não existindo, assim, uma atividade de cunho gratuito. Além disso, é válido expor que essa remuneração pode ser paga tanto em dinheiro, quanto – parcialmente – em utilidades, como prevê o artigo 458 da CLT:

Art. 458 - Além do pagamento em dinheiro, compreende-se no salário, para todos os efeitos legais, a alimentação, habitação, vestuário ou outras prestações "in natura" que a empresa, por força do contrato ou do costume, fornecer habitualmente ao empregado. Em caso algum será permitido o pagamento com bebidas alcoólicas ou drogas nocivas. (Redação dada pelo Decreto-lei nº 229, de 28.2.1967)

Nota-se que esse requisito também está sendo observado, como comprova, novamente, a interna supervisora: “*Eu ganho um salário, porque sou supervisora de serviço, e elas ganham 3/4, fora a remissão da pena*”. Além disso, está na cláusula terceira, A, do Convênio em questão:

Conduzir e controlar o comparecimento dos internos ao local do curso de capacitação no período compreendido, tendo a jornada diária de 07:00 às 11:00 e de 12:00 às 16:00 horas, perfazendo um total de 40 (quarenta) horas semanais. Período compreendido entre o 1o até o último dia de cada mês, descontadas as ausências em período superior a 06 (seis) horas, independentemente do motivo.

Por último, a (5) subordinação deriva de *sub* (baixo) e *ordinare* (ordenar), traduzindo a noção etimológica de estado de dependência ou obediência em relação a uma hierarquia de posição ou de valores (FERREIRA, 1986, p. 1621). Além disso, Nascimento ressalta o entendimento básico de existir “sujeição ao poder de outros, às ordens de terceiros, uma posição de dependência” (NASCIMENTO, 1976, p. 351). Esse elemento é observado na relação em análise, já que foi comprovada a presença do poder diretivo da empresa no âmbito laboral-carcerário, tendo em vista o estabelecimento de metas rigorosamente cobradas, fiscalização semanal feita pela empresa privada, capacitação profissional e treinamento das internas, além de haver a possibilidade de rompimento do vínculo a qualquer momento; ademais, os horários e as condições de trabalho são estabelecidos pela empresa privada, como percebido nas entrevistas e no Convênio supracitado.

Dessa maneira, de acordo com o Princípio da Primazia da Realidade, é notório que todos os elementos que compõem a relação de emprego estão presentes no vínculo analisado nesta pesquisa; o local que essa atividade é exercida – nas unidades prisionais – não descaracteriza isso.

4.3 Não incidência da CLT no âmbito carcerário?

A Lei de Execução Penal trata da não incidência da Consolidação das Leis Trabalhistas no âmbito prisional, tendo em vista a finalidade educativa e produtiva do trabalho nessa realidade. No entanto, com base nos estudos aqui apontados, procurar-se-á apontar os equívocos deste dispositivo:

Art. 28. O trabalho do condenado, como dever social e condição de dignidade humana, terá finalidade educativa e produtiva.

§ 2º O trabalho do preso não está sujeito ao regime da Consolidação das Leis do Trabalho.

Faz-se necessário, preliminarmente, uma análise sobre o direito pré-constitucional no contexto brasileiro, já que a LEP é de 1984 e a Constituição é de 1988. Nesse sentido, há de se preocupar com o conteúdo das normas que existiam anteriormente à CF/88, comparando-o com os valores que passaram a ser admitidos e exigidos com o advento desta. Isso porque o plano infraconstitucional não é formalmente alterado quando o poder constituinte originário surge. “O importante, então, é que a lei antiga, no seu conteúdo, não destoe da nova Constituição” (MENDES, 2014, p. 109). É necessário, então, uma investigação, por meio de controle material de constitucionalidade, no que tange à correspondência ou não dos dispositivos da LEP – situada como inferior à Constituição –, com as diretrizes da Lei Maior superveniente. Discute-se sobre como deve ser feito, no Brasil, esse controle de constitucionalidade das normas pré-constitucionais, porém não é parte dos objetivos desta pesquisa entrar no debate acerca da adoção de uma ou outra teoria, quais sejam a da revogação e a da inconstitucionalidade superveniente. Utilizar-se-á, então, seguindo Gilmar Ferreira Mendes (2014, p.110), a teoria da recepção.

Tendo em vista que a teoria adotada nesta pesquisa é a da recepção das leis pré-constitucionais, faz-se evidente que o artigo supracitado, quando se trata da relação laboral-carcerária por meio de convênio com a iniciativa privada, não foi recepcionado pela Constituição. Com efeito, Nucci (2016, p. 190) assegura que “há de se editar lei específica para reger tal situação”, não estando ela completamente incluída, até agora, em nosso ordenamento jurídico.

Nesse sentido, deve-se atentar para as normas constitucionais que falam da importância da dignidade da pessoa humana – presa ou não – e do valor social do trabalho, à luz do Princípio Trabalhista da Proteção. Além disso, tendo em vista o contexto hermenêutico atual, deve-se sempre interpretar as normas infraconstitucionais de modo a deixá-las em conformidade ótima com a Lei Maior. Nesse contexto,

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

III – a dignidade da pessoa humana;

IV – os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa.

Desse modo, com base nesses artigos, defende-se, aqui, que a Consolidação das Leis Trabalhistas deve, sim, ser aplicada no âmbito prisional quando se trata das iniciativas privadas – como no já apresentado Projeto Bordando Vidas –, ao contrário do que expressa a Lei da Execução Penal. Tratando-se de uma extensão da empresa privada na unidade prisional e considerando o fato de o preso

ser humano – sendo-lhe asseguradas as garantias individuais fundamentais, independentemente de suas condições –, não há fundamentos suficientemente convincentes para que ele seja tratado de maneira diferente dos trabalhadores livres, os quais são protegidos pela CLT.

É certo, nesse sentido, que há vantagens – tanto econômicas como sociais – para a empresa ao firmar o convênio em questão, dentre elas o cumprimento de sua responsabilidade social, já que não é dever exclusivo do Estado se importar com a situação carcerária, além do fato de ser a privada de liberdade uma mão de obra extremamente mais barata que a utilizada fora do estabelecimento penal. Dessa maneira, ao que parece, ao contrário do que aqui se defende, as empresas se deixam dominar pelos ideais capitalistas predominantes no mundo contemporâneo, deixando a função social de sua ação em segundo plano. Nessa perspectiva, Daniela Portugal contribui:

O atual discurso político legitimador do instituto consubstanciado na melhoria da qualidade de vida do apenado e maior oferecimento de oportunidades laborativas, em verdade, esconde o caráter degradante que se quer impor à população carcerária mediante a utilização de mão de obra barata para obtenção de lucro. (PORTUGAL, 2010)

Assim, as empresas, com a ratificação do Estado, aproveitam a mão de obra barata das internas, colocando altas metas a serem rigorosamente cumpridas e gastando – já que a CLT não está incidindo nesse aspecto – apenas, com a instalação da oficina na unidade, com o salário-mínimo da interna supervisora, com os $\frac{3}{4}$ de salário mínimo das demais e com o deslocamento de materiais de confecção da fábrica para a unidade. Ora, se foi comprovado, no tópico anterior, que há, claramente, a presença dos cinco elementos que caracterizam uma relação típica de emprego, há de se fazer, então, uma reflexão a respeito do motivo pelo qual as internas trabalham para a empresa – assim como as empregadas livres – e não recebem as garantias que lhes deveriam ser devidas. O que fundamenta essa discriminação, já que o que está sendo tocado, aqui, é o seu direito ao trabalho digno, senão o fato de ela estar presa? Deve o privado de liberdade ser também privado de sua dignidade quando se trata de trabalho para empresa privada no período do cumprimento de sua pena? Deve-se ter cuidado, nesse contexto, com a possibilidade dessa relação estar – ainda que não conscientemente – mascarando uma situação de exploração indevida. Talvez esteja impregnado nos inconscientes das pessoas em geral o fruto de uma visão preconceituosa e egoísta que se tem do indivíduo que cometeu um ato ilícito. Mas, há um grande equívoco na herança social predominante, e este deve começar a ser levado a sério. Dessa maneira, Nucci coopera com o pensamento aqui desenvolvido:

Trabalho de condenado não pode gerar lucro para empresas privadas, pois é uma distorção do processo de execução da pena. O preso receberia, por exemplo, $\frac{3}{4}$ do salário mínimo e produziria bens e produtos de alto valor, em oficinas montadas e administradas pela iniciativa privada, que os venderia e ficaria com o lucro, sem nem mesmo conferir ao condenado os benefícios da CLT (lembramos da vedação estabelecida pelo art.28, § 2º, desta Lei). Tal situação seria ilegal e absurda. O cumprimento da pena e o exercício do trabalho pelo preso não têm por fim dar lucro. É um ônus estatal a ser suportado. Se, porventura, houver lucro na

Isso não quer dizer que a iniciativa privada deva esquecer de sua lógica empreendedora, que é naturalmente relevante para toda e qualquer empresa; também não quer dizer que o Estado não deva buscar esse tipo de parceria. Em verdade, é uma ação legítima e necessária, principalmente em se tratando de uma realidade periférica, na qual os indivíduos envolvidos com o crime são, majoritariamente, oriundos de classes sociais historicamente desfavorecidas. É fundamental – e louvável –, assim, que exista convênios como este, especialmente quando se pensa na reinserção social, tendo em vista que está sendo dada uma oportunidade a pessoas que, muitas vezes, não a tiveram anteriormente. Entretanto, urge a necessidade de serem objetos de séria reflexão, tanto no contexto dos convênios já firmados, como no dos que eventualmente venham a ser pactuados, o que tange ao direito à dignidade do trabalhador no âmbito carcerário.

5 Conclusão

Após analisarmos a relação entre a empresa privada, conveniada e o indivíduo encarcerado, faz-se clara a necessidade de serem lançados olhares atenciosos a esse trato.

Nesse sentido, sendo uma relação de emprego o vínculo existente entre interna e empresa, já que foi comprovada a presença de todos os requisitos, quais sejam Pessoa Física, Pessoaalidade, Não-Eventualidade, Onerosidade e Subordinação, previstos pela Consolidação das Leis Trabalhistas, há de se levar em consideração o Princípio da Primazia da Realidade na análise em questão. Indo ao encontro das diretrizes constitucionais, defendeu-se a incidência da CLT no âmbito carcerário quando se trata do uso de mão-de-obra prisional pela iniciativa privada. Portanto, constatou-se a não recepção do artigo 28, parágrafo 2º da LEP pela Constituição Federal de 1988, ao contrário do que atualmente está sendo observado.

Desse modo, afirmou-se que o encarcerado não pode ser tratado de maneira a ter a sua dignidade ignorada, devendo a sociedade civil e o Estado respeitá-lo, e as leis infraconstitucionais serem interpretadas conforme os valores exigidos pela Constituição vigente.

Referências

- ANTUNES, Ricardo. **Os sentidos do trabalho: ensaio sobre a afirmação e a negação do trabalho**. São Paulo: Boitempo, 1999.
- BONAVIDES, Paulo. 12. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- BONAVIDES, Paulo. 29. ed. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- BRASIL. **Código Civil**. 46. ed. São Paulo: Saraiva, 1995.
- BRASIL. **Coletânea Básica Penal**. Brasília: SEGRAF/ SENADO FEDERAL, 2010.
- BRASIL. **Consolidação das Leis do Trabalho**. Decreto-lei n.º 5.452, de 1 de maio de 1943.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988**. Manuais de Legislação ATLAS. Alexandre de Moraes (Org.). 41. ed. São Paulo, Atlas, 2015.

BRASIL. LEI Nº 8.666, DE 21 DE JUNHO DE 1993. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 21 jun. 1993. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8666cons.htm>. Acesso em: 05/03/2016.

CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. **RESOLUÇÃO nº 96 de 27, de 27 de outubro de 2009**. Disponível em: <<http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2783>> Acesso em: 05/03/2016.

DELGADO, Gabriela Neves. **Direito fundamental ao trabalho digno**. São Paulo: LTr, 2006.

DELGADO, GABRIELA NEVES. **O Trabalho enquanto suporte de valor**. Revista da Faculdade de Direito da UFMG, Belo Horizonte, nº 49/Jul. p.63-81. Dez., 2006.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 12. ed. São Paulo: LTr, 2013.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2015.

DWORLIN, Ronald. **Levando os direitos a sério: tradução e notas Nelson Boeira**. São Paulo: Matins Fontes, 2002.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. **Novo Dicionário da Língua Portuguesa**. 2.ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1986, p.1621

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2014.

LEAL, César Barros. **Justiça restaurativa amanhecer de uma era: aplicação em prisões e centros de internação de adolescentes infratores**. Curitiba: Juruá, 2014.

LUKÁCA, Georg. **The Ontology of Social Being: Labour**. Londres: Merlin Press, 1980.

MAEMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5.ed. São Paulo: ATLAS, 2014.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. **Compêndio de Direito do Trabalho**. São Paulo: LTr/EDUSP, 1976, p.351.

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2013.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 1. ed. Portugal: Coimbra Editora, 2010.

NUCCI, Guilherme de Sousa. **Leis penais e processuais penais comentadas**. 9. ed. ver., atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 2016. vol. 2.

PORTUGAL, Daniela Carvalho. **As parcerias público-privadas no sistema prisional como um reflexo do processo de constitucionalização simbólica**. *Revista Brasileira de Segurança Pública*, São Paulo, p. 86, Ago/Set, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

do direito à imagem e seu uso indevido por terceiros. Por outro, somente com o advento da Constituição Federal de 1988 o direito à imagem foi ampla e especificamente tutelado pelo ordenamento jurídico pátrio, motivo pelo qual só recentemente o tema passou a ser abordado pela doutrina e jurisprudência pátrias.

Se no âmbito das relações civis os conflitos atinentes ao direito à imagem já mostram-se problemáticos, o que dizer quando tais conflitos ocorrem no âmbito das relações trabalhistas? A disparidade de poder inerente a tais relações por certo agrava o problema. No exercício do poder diretivo, o empregador pode exceder-se e atuar com arbitrariedade, violando a imagem de seus empregados, ou mesmo utilizando-se de suas imagens sem autorização, seja com fins comerciais ou não. Outrossim, a inexistência de um regramento específico acerca da proteção do direito à imagem do empregado e os posicionamentos divergentes da doutrina e da jurisprudência tem gerado certa insegurança jurídica, de modo que, em muitos casos, as decisões se mostram ineficazes para solucionar a lide.

Este artigo tem como objetivo analisar a proteção ao direito à imagem do empregado na relação de emprego, desenvolvendo-se em quatro eixos fundamentais. Primeiro, conceitua o direito à imagem, identificando seus fundamentos, características, possibilidades de cessão de uso e a classificação elaborada pela doutrina. Em segundo, analisa a aplicabilidade e eficácia do direito à imagem na relação de trabalho. A seguir, aborda o uso e a violação do direito à imagem do empregado pelo empregador. Por fim, analisa a possibilidade de reparação por danos morais decorrentes desta violação e o posicionamento dos tribunais pátrios em casos concretos acerca do tema.

O estudo em questão mostra-se de extrema relevância em decorrência da complexidade da matéria e da necessidade de um estudo mais aprofundado que analise criticamente o posicionamento dos tribunais e da doutrina sobre o tema de modo a contribuir para que sejam identificados meios capazes de garantir efetiva proteção ao direito à imagem dos trabalhadores. Quanto aos aspectos metodológicos, a presente pesquisa segue uma abordagem qualitativa, descritiva e exploratória, no que toca aos objetivos; bibliográfica quanto ao tipo; pura, quanto ao manejo dos resultados, colhidos a partir de um estudo descritivo-analítico, desenvolvido por meio de pesquisa teórica.

2 O Direito à Imagem

Inicialmente, serão identificados os aspectos gerais do direito à imagem, com vistas a estabelecer um conceito básico, identificar seus fundamentos, características e classificação doutrinária.

2.1 Fundamentos e Conceito

No Brasil, até 1988 verificou-se verdadeiro vácuo legislativo a respeito do direito à imagem. O Código Civil de 1916 contava com algumas menções à matéria, sem tratar diretamente do tema.

Somente com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 o direito à imagem foi reconhecido de forma autônoma, como direito fundamental, inserido no “Título II”, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, garantido, ainda, seu *status* de cláusula pétreia, conforme preceito do art. 60, §4º, inciso IV da Carta Magna (TINDOU, 2015).

O artigo 5º da Constituição Federal assegura o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem (inciso V), além de declarar inviolável a imagem das pessoas, além da intimidade, da vida privada e da honra, assegurando o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de eventual violação (inciso X) e, ainda, assegurar a proteção à reprodução da imagem e voz humanas, inclusive nas atividades desportivas (inciso XXVIII, alínea “a”). Desta forma, o mencionado artigo tutela na integralidade o direito à imagem e o dano moral decorrente de sua violação (ONÇA; SILVA, 2010, p. 241). Trata-se do “princípio da reparação integral”, como restou denominado pela doutrina (CARDOSO, 2010, p. 3).

O parágrafo primeiro do mesmo artigo refere-se à “aplicação imediata” das normas que expressam os direitos e garantias fundamentais. Tal dispositivo elimina a necessidade de regulamentação infralegal para que os mencionados direitos produzam os efeitos deles decorrentes no mundo jurídico. Exatamente em decorrência dessa expressão é que mesmo inexistindo uma legislação específica acerca do direito à imagem, qualquer pessoa poderá invocá-lo em caso de violação por terceiros.

Além da previsão constitucional, o direito à imagem também encontra fundamento nas normas infraconstitucionais, notadamente o Código Civil de 2002, que lhe confere a característica de direito de personalidade. Veja-se:

Art. 20. Salvo se autorizadas, ou se necessárias à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública, a divulgação de escritos, a transmissão da palavra, ou a publicação, a exposição ou a utilização da imagem de uma pessoa poderão ser proibidas, a seu requerimento e sem prejuízo da indenização que couber, se lhe atingirem a honra, a boa fama ou a respeitabilidade, ou se se destinarem a fins comerciais.

O mencionado dispositivo legal é de suma importância para o presente estudo, pois estipula, de forma clara e precisa, os requisitos de proibição da exposição ou utilização da imagem de uma pessoa. Excetuam-se a essa regra somente os casos em que a pessoa autorizar a exposição ou utilização de sua própria imagem, ou quando for necessária à administração da justiça ou à manutenção da ordem pública.

O papel de elaborar um conceito para o “direito à imagem” restou delegado à doutrina. Bittar (1995, p. 87) explica que o direito à imagem consiste no “direito que a pessoa tem sobre a sua forma plástica e respectivos componentes, distintos (rosto, olhos, perfil, busto) que a individualizam no seio da coletividade”, afirmando o autor que seria exatamente o elo de ligação entre a pessoa e a sua “expressão externa”, ou seja, a forma como é identificada no meio social, podendo ainda, ser considerada no

conjunto ou em partes isoladas, desde que através destas seja capaz identificá-la. Sahm (2002, p. 34), através da conjugação de todos os elementos identificáveis da imagem, conceitua o direito à imagem como sendo:

[...] conjunto de faculdades ou prerrogativas jurídicas cujo objeto é toda expressão forma e sensível da personalidade que individualiza a pessoa quer em sua expressão estática (figura), quer dinâmica (reprodução); assim como por meio da qualificação ou perspectiva, de acordo com sua verdade pessoal, (existencial), a imagem que faz de si (subjetivamente) e seu reflexo na sociedade (objetivamente), garantida a utilização exclusiva pelo titular, compreendendo a prevenção dos atentados sem prejuízo da indenização por danos acusados.

Diniz (2011, p. 126), tratando também de sua abrangência, conceitua o direito à imagem como sendo:

[...] o de ninguém ver seu retrato exposto em público ou mercantilizado sem seu consento e o de não ter a sua personalidade alterada material ou intelectualmente, causando dano a sua reputação. Abrange o direito: à própria imagem; ao uso ou à difusão da imagem; à imagem das coisas próprias e à imagem em coisas ou em publicações; de obter imagem ou de consentir em sua captação por qualquer meio tecnológico.

Tem-se, portanto, que o bem juridicamente tutelado é a “imagem” ou “figura original” da pessoa, que abrange não somente seu aspecto físico, mas também sua “verdade pessoal”, ou seja, o direito que tem de não ser vista sob uma “falsa perspectiva”, de ter a si atribuídas características conforme fez de si mesma. (SAHM, 2002, p. 33-34). Desta forma, deve ser o direito à imagem assegurado como o direito que proporciona a individualidade e singularidade das pessoas, garantindo a identidade e o reconhecimento de uma pessoa diante do meio social (CARDOSO, 2010, p. 5).

2.2 Características do Direito à Imagem e Tipos de Imagem

Ao direito à imagem, enquanto direito de personalidade, observam-se as mesmas características inerentes a esse. A primeira identificada pela doutrina é a sua oponibilidade *erga omnes*, que garante caráter absoluto, em razão de ser exercitável em face de todos, exigindo-se o respeito por todos, inclusive pelo próprio titular (SAHM, 2002, p. 161-162). É também geral, em razão de ser outorgado a todas as pessoas, simplesmente pelo fato de sua existência (TINDOU, 2015). Além disso, é extrapatrimonial, por não ser passível de valoração econômica; indisponível, cabendo ao seu titular usufruir, mas não podendo dispor absolutamente do bem; intransmissível, por ser inseparável do sujeito originário, acompanhando-o desde a concepção até enquanto perdurar sua personalidade jurídica, podendo subsistir até mesmo depois da morte; e irrenunciável, não podendo o seu titular declarar a vontade de se desfazer dele ou de não o aceitar e nem cedê-lo em benefício de terceiro, mesmo que tenha vontade própria (SAHM, 2002, p. 164-168).

Um aspecto relevante é que não se pode confundir a disposição do direito em si, com a disposição do seu uso, de modo que tais características não se aplicam a utilização da imagem, mas ao direito à imagem em si. Ou seja, embora o direito à imagem seja extrapatrimonial, intransmissível e irrenunciável, se titular pode, no entanto, ceder seu uso para exploração de terceiro, seja para fins comerciais ou não (CARDOSO, 2010, p. 6). Tal ocorre porque atos de disposição da imagem são permitidos desde que não culminem com a privação da imagem (SAHM, 2002, p. 168).

A doutrina distingue dois tipos ou variações da imagem, quais sejam a imagem-retrato e a imagem-atributo, garantidos pela norma constitucional (SAHM, 2002, p. 25). Cardoso (2010, p. 6) explica que as duas modalidades não se confundem. Alvarenga (2012, p. 16) explica que imagem-retrato se refere ao “direito relativo à produção gráfica da figura humana, qual seja: o seu retrato, o seu desenho, a sua fotografia e a sua filmagem”; e, por outro lado, imagem-atributo, àquela que se refere “à exteriorização das características relativas ao conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo conjunto social, ou seja: a forma como essa pessoa é vista socialmente”.

Para Carvalho (2004, p. 386-387), imagem-retrato “significa o direito relativo à reprodução gráfica (retrato, desenho, fotografia, filmagem, dentre outros) da figura humana” e explica, ainda, que pode englobar a figura inteira, ou somente partes da figura humana (braços, pernas, rosto, voz etc.). A imagem-atributo, para o autor, “é entendida como a imagem dentro de um determinado contexto, é dizer, o conjunto de atributos cultivados pelo indivíduo e reconhecidos pelo meio social”.

Uma parcela minoritária da doutrina identifica, ainda, um terceiro tipo de imagem, qual seja a imagem-autoral, que seria a prevista no inciso XXVIII, alínea “a”, do art. 5º da Constituição Federal de 1988, conceituada como “a imagem do autor que participa, de modo direito, em obras coletivas” (BULOS, 2010, p. 463). No entanto, em razão deste tipo de imagem não ser tão relevante para o presente estudo, passar-se-á a utilizar a classificação da doutrina majoritária como parâmetro.

3 A Aplicação do Direito à Imagem no Âmbito do Contrato de Trabalho

Os direitos fundamentais evoluíram junto com a sociedade. Conforme leciona Bobbio (1992, p.18): “O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua a se modificar, com a mudança das condições históricas [...]”. Destarte, no contexto da perspectiva constitucional liberal característica do final do século XVIII, período marcado pelo apogeu dos ideais iluministas, os direitos fundamentais foram concebidos como direitos subjetivos de limitação ao poder do Estado (SARMENTO, 2006. P. 13). O desenvolvimento da industrialização e a ascensão do capitalismo evidenciou a exploração do homem pelo próprio homem e a desigualdade entre esses, surgindo a necessidade de se garantir condições mínimas até mesmo para que o homem pudesse desfrutar de seus direitos individuais. Dessa nova realidade se afirmou o constitucionalismo social, firmado na necessidade de garantia de direitos sociais e

econômicos como meio de propiciar a igualdade efetiva entre os indivíduos e possibilitar o próprio gozo dos direitos individuais por todos os grupos na sociedade (LUÑO, 2007, p. 40).

Após a Segunda Guerra Mundial, percebe-se uma mudança significativa na concepção dos direitos fundamentais no sentido do seu fortalecimento. A doutrina reconhece a dimensão objetiva desses direitos, a qual traduz, segundo Canotilho (2000, P. 1216) “o seu significado para a coletividade, para o interesse público e para a vida comunitária”. Ou seja, além de o Estado se abster de violar os direitos fundamentais dos indivíduos deve, também, atuar no sentido de protegê-los de ameaças e agressões de terceiros e, assegurar condições mínimas para seu exercício. A dimensão objetiva dos direitos fundamentais garante a “eficácia irradiante”, segundo a qual os valores atrelados aos direitos fundamentais penetram por todo o ordenamento jurídico, servindo como base à interpretação das normas legais e à atuação do legislador, da Administração e do Poder Judiciário. Trata-se da constitucionalização do direito infraconstitucional (SARMENTO, 2006, p. 124-125).

Ademais, a eficácia dos direitos fundamentais se amplia, deixando de ser meramente vertical (oponível apenas em face do Estado), e passando a ser horizontal, na medida em que expande os efeitos dos direitos fundamentais para o âmbito das relações privadas. Como lecionam Sarmento e Gomes (2011, p. 61):

Parece indiscutível que se a opressão e a violência contra a pessoa provêm não apenas do Estado, mas de uma multiplicidade de atores privados, presentes em esferas como o mercado, a família, a sociedade civil e a empresa, a incidência dos direitos fundamentais na esfera das relações entre particulares se torna um imperativo incontornável.

No caso específico das relações de trabalho, a desigualdade entre as partes é evidente e jamais existirá uma paridade de poder. Tal ocorre porque o empregado estará sempre submetido ao poder do empregador, às normas por ele estabelecidas e à sua fiscalização. No tocante aos direitos sociais, específicos dos trabalhadores, cujo rol encontra-se expresso nos artigos 7º a 11º da Constituição Federal de 1988, sua aplicabilidade nestas relações, por óbvio, sequer é questionada. Contudo, a questão não é tão pacífica em se tratando de direitos fundamentais inespecíficos, como é o caso do direito à imagem, que destina-se a qualquer pessoa humana.

Por óbvio, ao assumir a condição de empregado, esse não perde a sua condição de pessoa humana. É o que entende Mallet (2005, p. 66-67), ao expressar que “o empregado, no momento em que celebra um contrato de trabalho, não se despoja, como soa evidente, de seus direitos de personalidade”. Assim, o direito à imagem seria aplicável no âmbito dos contratos de trabalho simplesmente por serem inerentes à condição de pessoa humana. Alvarenga (2012, p. 12) identifica, ainda, neste caso, os direitos de personalidade, como o direito à imagem, como “princípios constitucionais do trabalho”, sendo tidos como “normas jurídicas propriamente ditas” em razão de sua previsão e proteção constitucional.

Além disso, não se pode olvidar que a Consolidação das Leis do Trabalho, em seu artigo 8º, parágrafo único, dispõe que “O direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho, naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste”. Desta feita, o Código Civil hodierno pode ser aplicado no direito do trabalho em casos de omissão, desde que seja compatível com os princípios fundamentais do direito trabalhista. É exatamente o que ocorre em relação ao direito à imagem.

4 O Uso e Violação da Imagem do Empregado pelo Empregador e Possibilidade de Reparação

O poder diretivo do empregador, fundamenta-se no direito de propriedade, no contrato de trabalho e no caráter institucional da empresa, afirmando Beltran (2001, p. 95-97) que abrange atitudes do empregador “de organizar e regulamentar as atividades empresariais, bem como de informar e determinar ao empregado o modo pelo qual a prestação de serviços deve ser executada”. Delgado (2005, p. 629), por sua vez, entende que a denominação correta seria “poder empregatício”, conceituando-o como “o conjunto de prerrogativas com respeito à direção, regulamentação, fiscalização e disciplinamento da economia interna à empresa e correspondente prestação de serviços”.

Esse poder diretivo do empregador, que engloba os poderes de controle, regulamentar e disciplinar, quando utilizado com excesso e arbitrariedade, representa violação às disposições constitucionais que garantem os direitos fundamentais de seus empregados (ABRANTES, 2005, p. 17). No caso do direito à imagem, além dos excessos do poder diretivo, acrescentam-se as transformações tecnológicas características da pós-modernidade que potencializam o uso indevido da imagem.

A ofensa ao direito à imagem do empregado pelo empregador pode ocorrer desde a fase pré-contratual, durante a vigência do contrato de trabalho, ou mesmo após sua extinção. A violação na fase pré-contratual ocorre quando o empregador, por exemplo, acessa as denominadas “listas negras” para verificar se o candidato é indesejável, se já propôs reclamações trabalhistas perante à Justiça do Trabalho e até mesmo se é dirigente ou ativista sindical, em manifesta conduta antissindical. Durante o contrato de trabalho a violação pode se dar desde a utilização pelo empregador de fotografia do empregado em material publicitário da empresa sem autorização, até através da aplicação de punições disciplinares sem justificativa por mera represália (ROMITA, 2015, p. 1075-1076). Por fim, após a extinção do vínculo, o empregador pode violar o direito à imagem do empregado fornecendo informações que desabonem a sua conduta para futuros empregadores, e, ainda, utilizando-se de sua fotografia em material publicitário sem autorização, ou inserindo o seu nome em “listas negras” (ALVARENGA, 2012, p. 17).

Assim, a ofensa pelo empregador ao direito à imagem do empregado pode relacionar-se tanto à imagem-atributo (fornecer informações desabonadoras a terceiros), quanto à imagem-retrato (utilização de fotografia em material publicitário).

Questiona-se, ainda, sobre a possibilidade do empregador interferir na imagem física de seus empregados, como no caso de determinar certos tipos de vestimenta ou acessórios, penteados etc. Cardoso (2010, p.12) explica que nesse caso há a necessidade de um “nexo de causalidade entre a determinação feita pelo empregador, quanto à imagem do empregado, e o desempenho de suas funções na empresa”, ou seja, seria cabível uma determinação nesse sentido, caso guardasse relação razoável com a atividade desempenhada pelo empregado. Nesses casos, como explica Silva (2004, p. 84), a própria atividade traz uma restrição ao direito à imagem de quem a realiza e, em assim sendo, “quem aceitou desempenhar tarefas dessa índole não pode invocar depois o direito fundamental para se eximir dessa realização”.

Schio e Villatore (2012, p. 77-78) ao tratarem das possibilidades ou hipóteses de uso da imagem, identificam que essas podem dar-se “com ou sem consentimento, com disposição da cessão de forma gratuita ou onerosa e, com ou sem finalidade de exploração comercial”.

De modo geral, a doutrina pátria é praticamente unânime no sentido de que é necessária a autorização ou consentimento do empregado para que o empregador possa utilizar-se de sua imagem-retrato, quer para fins comerciais ou não. Se a fotografia publicada não possuía autorização, entende-se pela violação ao direito à imagem, nos termos do artigo 5º, inciso X e artigos 11 e 20 do Código Civil de 2002.

Tindou (2015) entende que a permissão ou concessão de uso está “condicionada à vontade do titular” e deve ser “estipulada em contrato próprio”, “devendo ser específicas todas as condições no instrumento pactuado entre as partes, a fim de não surgirem possíveis dúvidas”. Alvarenga (2012, p. 16) pactua com esse entendimento, afirmando que deve haver “contrato de licença de uso de imagem” e defende, ainda, que somente seria o uso da imagem-retrato dos empregados pelo empregador em material publicitário seria condicionado ao “seu consentimento expresso e pagamento de determinada vantagem econômica”.

Neste íterim, Marisco (2012, p. 60-61) explica que o próprio texto constitucional, ao prever a indenização no inciso V, do artigo 5º, “afasta qualquer possibilidade de presunção de autorização para uso da imagem”, sendo que “a regra é a violação, sendo que a permissão concedida, sua exceção”. Destarte, apenas a autorização expressa, não se aceitando o consentimento tácito, é capaz de interromper o direito à indenização prevista na lei (MARISCO, 2012, p. 60-61). Sahm (2002, p. 206), no mesmo sentido, aduz que “o consentimento tácito não se presume a não ser que disposição legal o autorize” e que “faltando o consentimento ou desprezado o conteúdo da faculdade cedida, no sentido de uma interpretação extensiva, há um atentado ao sujeito da imagem”.

Cardoso (2010, p. 15), por outro lado, entende ser devida a contraprestação patrimonial somente em casos onde a imagem do empregado for utilizada visando a obtenção de lucro:

Ora, não restam dúvidas de que, caso a empresa utilize-se da imagem do trabalhador com a finalidade de promover o seu negócio, certamente o empregado deverá receber uma quota dos lucros auferidos com a divulgação de sua imagem, tendo em vista que a sua figura serviu para atrair melhores resultados empresariais em benefício do empregador.

Em contraponto, se o uso da imagem foi autorizado pelo obreiro, mas a divulgação não visou o lucro, resumindo-se apenas a uma política interna empresarial, de valorização do trabalho, como ocorre em muitos estabelecimentos que elegem o “funcionário do mês”, não há que se falar em qualquer contraprestação em favor do empregado.

Schio e Villatore (2012, p. 77-78) expressam seu posicionamento no sentido de que é cabível a anuência tácita e mais, que pode o empregado autorizar ser fotografado e ceder essa imagem à exploração do empregador, seja com finalidade comercial/patrimonial ou não, podendo concordar, ainda, com a cessão de forma gratuita, ou seja, sem a respectiva contraprestação patrimonial pela cessão da imagem.

Discorda-se, no entanto, deste segundo posicionamento. Ora, a subordinação inerente ao contrato de trabalho coloca o trabalhador em posição de manifesta desvantagem, onde o mesmo não pode simplesmente recusar-se a ser fotografado em ambiente laboral, por exemplo, sob pena de ficar mau visto aos olhos de seu empregador. Assim, o consentimento tácito seria absolutamente viciado, posto que, mesmo sem ter a vontade de consentir, o empregado teria de fazê-lo como uma forma de garantir seu emprego e a qualidade a si atribuída dentro da empresa.

Ademais, no tocante ao aspecto patrimonial, entende-se ser necessária a existência de uma contraprestação pecuniária à cessão de uso da imagem do empregado, em especial nos casos em que for utilizada indireta ou diretamente com finalidades comerciais. Afinal, caso não se utilizasse da imagem do empregado, o empregador precisaria contratar um modelo fotográfico para desempenhar o papel, não parecendo justo que possa utilizar-se gratuitamente da imagem do empregado, auferir vantagens econômicas em decorrência do uso dessa imagem e não pagar nada ao titular do direito de imagem utilizado.

Em caso de inexistir contraprestação patrimonial, poder-se-ia considerar, inclusive, que a cessão pelo empregado não estaria abrangendo simplesmente a cessão de uso permitida pelo ordenamento jurídico, mas uma cessão total do próprio direito em si, atingindo a dignidade do empregado, o que conforme Marisco (2012, p. 62) não é permitido. Observe-se:

O importante é ressaltar que o consentimento é expressão de autonomia privada, e quando estiver relacionado com algum ato de disposição sobre bens ligados à personalidade, deve estar funcionalizado aos interesses existenciais. Não pode, assim, atingir o núcleo essencial da dignidade, a finalidade é exercício positivo do direito que reflete o direito à autodeterminação pessoal decorrente da própria dignidade.

Estudadas as possibilidades de violação do direito à imagem do empregado pelo empregador, cabe analisar a possibilidade daquele pleitear uma possível indenização pelo uso indevido de sua imagem

ou pela violação do seu direito à imagem. A Emenda Constitucional nº 45 fixou a competência para as ações de indenização por danos materiais ou morais decorrentes de relação de trabalho na Justiça do Trabalho, contudo, embora submetida à apreciação da Justiça do Trabalho, qualquer ação nesse sentido seguirá as regras do direito comum e da Constituição Federal, ante à ausência de normatização específica.

A responsabilidade civil remete à ideia de reparação de um determinado prejuízo, decorrendo essa de culpa ou outra situação prevista por lei, podendo ser, conforme os ensinamentos de Silva (2004, p. 9), contratual, ou seja “resultante do não cumprimento de obrigações derivadas de contrato” ou extracontratual, “quando entre o causador do dano e o que sofre inexistir relação jurídica”. Nesse caso, a indenização se funda no dever geral de respeitar a pessoa e os bens alheios.

O artigo 944 do Código Civil de 2002 determina que “A indenização mede-se pela extensão do dano”. Desse dispositivo legal se infere, portanto, de forma inequívoca, o caráter compensatório da indenização. A reparação de danos materiais e morais é disciplinada pelo próprio Código Civil de 2002. Nesse sentido, destaca-se os seguintes artigos:

Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.

Art. 187. Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes.

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

Parágrafo único. Haverá obrigação de reparar o dano, independentemente de culpa, nos casos especificados em lei, ou quando a atividade normalmente desenvolvida pelo autor do dano implicar, por sua natureza, risco para os direitos de outrem.

Como se infere da leitura dos próprios artigos acima citados, para que seja gerada a obrigação de reparar o dano, é necessária a configuração de três pressupostos: o dano sofrido pela vítima; a conduta do agente causador do dano, podendo essa ser positiva ou negativa; o nexo de causalidade entre a conduta do agente causador e o dano sofrido.

O dano pode ser material, quando trazer prejuízo pecuniário à vítima, ou moral, sendo esse entendido como o dano que atinge bens que fogem ao patrimônio da vítima, causando-lhe vexame, humilhação, tristeza e sofrimento profundos e, por se realizar no íntimo da pessoa ofendida “torna-se insusceptível de valoração pecuniária adequada” (MELO, 2007, p. 15).

Para Inácio de Carvalho Neto (2009, p.55), a principal diferença entre o dano de cunho material, para o de cunho moral, é a forma de sua reparação. Explica:

Enquanto no caso dos danos materiais a reparação tem como finalidade repor as coisas lesionadas ao seu *statu quo ante* ou possibilitar à vítima a aquisição de outro bem semelhante ao destruído, o mesmo não ocorre, no entanto, com relação ao dano eminentemente moral. Neste é impossível repor as coisas ao seu estado anterior. A reparação, em tais casos, reside no

pagamento de uma soma pecuniária, arbitrada pelo consenso do juiz, que possibilite ao lesado uma satisfação compensatória da sua dor íntima.

Ademais do dano, é necessário que se configure a prática de ato ilícito por parte do agente causador do dano. No caso de responsabilidade subjetiva, é necessária, ainda, a configuração de dolo ou culpa do agente, sendo essa entendida em sentido amplo conforme se infere do próprio artigo 186 do Código Civil de 2002 retromencionado. Abrange, dessa forma, além dos atos praticados de forma intencional (dolo), aqueles praticados por negligência, imprudência, imperícia e omissão voluntária (culpa) (SILVA, 2004, p. 12-13). Por derradeiro e não menos indispensável, há de ser configurado o nexo causal, sendo este entendido como o fator que une o dano à conduta do agente causador.

No caso do dano moral trabalhista, Dalazen (2000, p. 70) o conceitua como sendo “o agravo ou o constrangimento moral infligido quer ao empregado, quer ao empregador, mediante violação a direitos ínsitos à personalidade, como consequência da relação de emprego”. Melo (2007, p. 173) defende que ao empregado só caberia provar a ocorrência do ato ilícito, caso em que o dano moral seria presumido, ou *in re ipsa*. Segundo o autor, a justificativa decorreria do fato do dano moral se passar no íntimo das pessoas, motivo pelo qual se tornaria difícil sua aferição. Alvarenga (2012, p. 25) salienta que a configuração e comprovação de danos ou prejuízos efetivos somente deverá ser considerado para quantificar o valor da indenização.

Em se tratando especificamente do dano decorrente da violação do direito à imagem do empregado, tem-se que, a violação ao direito à imagem não necessariamente implica em violação do direito à honra. Entretanto, ainda que não haja ofensa à honra do sujeito, a violação ao direito à imagem pode implicar em indenização por danos morais, uma vez que de acordo com a previsão constitucional desta indenização (art. 5º, inciso X da Constituição Federal de 1988) o dano moral nesse caso decorre de mera violação ao direito de personalidade. A ofensa à honra serviria, portanto, somente para agravar o caso e majorar o *quantum* indenizatório (SCHIO; VILLATORE, 2012, p. 77).

Por esse motivo, não é necessário para configurar o dever de indenizar do empregador, que o contexto em que a imagem do empregado tenha sido utilizada, a retrate em tom jocoso, humilhante ou vexatório. A mera utilização sem a autorização do titular do direito de imagem, por si, pressupõe a lesão aos atributos de sua personalidade (MARISCO, 2012, p. 60).

5 Posicionamentos Jurisprudenciais

Nos casos de violação ao direito de imagem do empregado pelo empregador, o Poder Judiciário deve atuar de forma enérgica, adotando medidas eficazes no sentido de coibir tais práticas, bem como, minimizar os danos e reverter, caso seja possível, a situação ali instalada, como uma forma de garantir a

própria lei e a ordem constitucional. Contudo, embora tais questões já sejam levadas à apreciação do Poder Judiciário há certo tempo, o entendimento dos Tribunais pátrios não é pacífico.

Quanto a utilização de fotografia do empregado em material publicitário da empresa empregadora sem a sua autorização, a jurisprudência majoritária entende que há a violação ao direito de imagem do empregado, sendo devida a respectiva indenização reparatória. Ressalta-se que, de acordo com a Súmula nº 403 do Superior Tribunal de Justiça, “independe de prova do prejuízo a indenização pela publicação não autorizada de imagem de pessoa com fins econômicos ou comerciais”. Ou seja, basta-se comprovar o uso sem o consentimento para se configurar o dever de indenizar.

O Tribunal Regional do Trabalho da 2ª Região, em caso que restou comprovada a existência de autorização expressa do empregado para o uso de sua imagem em comercial televisivo do empregador, decidiu pela inexistência de violação ao direito de imagem, indeferindo o pleito do obreiro a indenização por danos morais. Observe-se:

DANO MORAL. DANO À IMAGEM. AUTORIZAÇÃO DE USO. INEXISTÊNCIA DE DANO. Havendo a autorização do próprio empregado para uso de sua imagem em comerciais televisivos do empregador, não há ato ilícito deste, tampouco ferimento à direito extrapatrimonial ensejador de indenização. FRANCHISING. INEXISTÊNCIA DE RESPONSABILIDADE DA FRANQUEADORA. Circunscrevendo-se a relação entre as empresas a mero contrato de exploração onerosa de marca, espécie de franchising, a franqueadora não responde pelos débitos trabalhistas da franqueada, por não imiscuir-se no seio de sua organização empresarial. COMISSÃO DE CONCILIAÇÃO PRÉVIA. AMBIENTE CONCILIATÓRIO PARCIAL. INVALIDADE DA AVENÇA. Provada a parcialidade do ambiente de conciliação extrajudicial pela participação de advogado ligado ao empregador como patrono do empregado, patente a nulidade da transação ali realizada, tratando-se de fraude. (TRT-2 - RO: 690200801602007 SP 00690-2008-016-02-00-7, Relator: LUCIA TOLEDO SILVA PINTO RODRIGUES, Data de Julgamento: 22/06/2010, 4ª TURMA, Data de Publicação: 02/07/2010)

Referida autorização ou consentimento, de acordo com o entendimento majoritário da jurisprudência pátria, pode ser exposto ou tácito. Como se pode observar na seguinte ementa do Tribunal Regional do Trabalho da 9ª Região:

TRT-PR-15-02-2008 DIREITO DE IMAGEM - CONSENTIMENTO TÁCITO - INDENIZAÇÃO INDEVIDA. O uso de imagem do trabalhador, de forma tacitamente consentida, em propaganda comercial do empregador, não gera direito à indenização. Recurso do autor a que se nega provimento. (TRT-9 9272003658908 PR 927-2003-658-9-0-8, Relator: RUBENS EDGARD TIEMANN, 5ª. TURMA, Data de Publicação: 15/02/2008)

Nesses casos em que se admite o consentimento tácito, excetuando-se apenas o uso da imagem do empregado de forma jocosa ou humilhante capaz de lhe causar dano à imagem, os Tribunais tem entendido que cabe ao trabalhador comprovar que teria sofrido constrangimento ou coação por abuso do poder diretivo. Observe-se:

RECURSO DE REVISTA. 1. HORAS EXTRAORDINÁRIAS. CARTÕES DE PONTO. JUNTADA PARCIAL. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. SÚMULA Nº 338, I. (...) 2. COMPENSAÇÃO POR DANOS MORAIS E MATERIAIS. DIREITO DE IMAGEM. FOTOGRAFIA EM REVISTA REMETIDA AOS ASSOCIADOS. AUTORIZAÇÃO TÁCITA. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 5º, X, DA CONSTITUIÇÃO

FEDERAL. NÃO CONFIGURAÇÃO. NÃO CONHECIMENTO. In casu, o egrégio Tribunal Regional registrou que o fato de o reclamante ser fotografado para revista remetida aos associados não evidencia utilização da imagem do trabalhador de forma vexatória sem sua autorização ou para fins comerciais. Segundo a Corte Regional, o próprio reclamante distribuía a revista aos alunos, tendo conhecimento de que sua foto ali constava, não se opondo a esse fato. Uma vez que não houve comprovação no processo de que o autor teria sofrido constrangimento ou coação, por abuso do poder diretivo, ou mesmo sofrido pelo uso indevido ou dano a sua imagem, em razão das fotos publicadas nas revistas, não verifico a alegada violação do artigo 5º, X, da Constituição Federal. Recurso de revista não conhecido. (TST - RR: 17405920125020432 , Relator: Guilherme Augusto Caputo Bastos, Data de Julgamento: 21/10/2015, 5ª Turma, Data de Publicação: DEJT 29/10/2015)

Nos casos de uso de fotografia do empregado pelo empregador para uso interno da empresa, como no caso de manuais técnicos, materiais de treinamento, memorandos etc., a jurisprudência tem adotados posicionamentos conflitantes. De um modo geral, as decisões que entendem pela inexistência de violação ao direito à imagem fundamentam-se no fato de inexistir utilização indevida ou com fins comerciais; enquanto as decisões que entendem pela existência de violação sustentam que tais materiais teriam uma finalidade lucrativa, ainda que indireta. Nesse sentido, colaciona-se os seguintes julgados:

INDENIZAÇÃO. DANO À IMAGEM. A publicação, em manual interno da empresa, de foto do Reclamante não constitui violação ao direito de imagem, quando não está evidenciada a utilização de forma indevida ou com fins comerciais (art. 20 CC). (TRT-18 1247200810118005 GO 01247-2008-101-18-00-5, Relator: JÚLIO CÉSAR CARDOSO DE BRITO, Data de Publicação: DJ Eletrônico Ano III, Nº 121, de 9.7.2009, pág. 12.)

DIREITO À IMAGEM. A imagem e a vida privada das pessoas são invioláveis (art. 5º, inciso V, X e XXIII da Constituição Federal e art. 21 do Código Civil). A utilização da imagem do reclamante em atividade lucrativa (treinamento de empregados), ainda que em vídeo interno e sem finalidade difamatória, demandam autorização por escrito (art. 20 do Código Civil). Sem o consentimento por escrito do empregado, configura violação a seu direito (lesão "in re ipsa"), sendo devida a indenização postulada. Incidência das Súmulas 221 e 403 do STJ. (TRT-3 - RO: 01826201002703009 0001826-25.2010.5.03.0027, Relator: Convocada Sabrina de Faria F. Leao, Segunda Turma, Data de Publicação: 14/08/2012 13/08/2012. DEJT. Página 270.)

Outro caso importante a ser considerado se refere à determinação pelo empregador de utilização de uniforme com propagandas de clientes ou produtos comercializados pela empresa pelo empregado. De igual forma, os Tribunais Regionais do Trabalho tem adotado posicionamentos conflitantes, como se pode observar:

DANOS MORAIS. DIREITO À IMAGEM. O uso de uniforme com propaganda promocional pelo empregado, na qual divulgados diversos produtos comercializados pela reclamada no horário de trabalho na loja configura uso indevido da imagem, sendo pertinente, no caso, a norma inserta no art. 20 do CCB. Relator: Des. Marcelo Antero de Carvalho Recorrente: Walkyria Alves Recorrido: Rhodes 118 Artigos para decoração e Iluminação Ltda 1. RELATÓRIO (TRT-1 - RO: 00017020720125010034 RJ , Relator: Marcelo Antero de Carvalho, Data de Julgamento: 30/07/2014, Décima Turma, Data de Publicação: 06/08/2014)

DIREITO À IMAGEM. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO. INDENIZAÇÃO. O inciso X, do art. 5º, da Constituição Federal estabelece que "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurando o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" e, no inciso V, que "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem". Todavia, consistindo o ato do empregador, apenas, na determinação da substituição do uniforme comum, por outro contendo publicidade de cartão de crédito aceito no estabelecimento, não tendo o reclamado se utilizado da imagem do empregado para divulgação de campanha publicitária, muito menos

explorando sua imagem em fotos ou filmagem comercial, não há se falar na exploração de seu direito da personalidade e, conseqüentemente no pagamento de indenização, nos termos do art. 5º, inciso X, da Constituição Federal. (TRT-5 - RECORD: 1353001820085050024 BA 0135300-18.2008.5.05.0024, Relator: NÉLIA NEVES, 4ª. TURMA, Data de Publicação: DJ 03/11/2009)

O Tribunal Superior do Trabalho, manifestando-se sobre tal questão no julgamento do Recurso de Revista nº 196620125030037, coadunou com o entendimento do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região, destacando que o direito à imagem não abrange somente a imagem-retrato, mas todos os caracteres que a envolvem. Veja-se:

RECURSO DE EMBARGOS. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL - DIREITO DE IMAGEM - USO DE CAMISETA PROMOCIONAL DAS MARCAS COMERCIALIZADAS PELO EMPREGADOR . O direito à imagem é um direito autônomo e compreende todas as características do indivíduo como ser social. Dessa forma, depreende-se por -imagem- não apenas a representação física da pessoa, mas todos os caracteres que a envolvem. O direito à imagem reveste-se de características comuns aos direitos da personalidade, sendo inalienável, impenhorável, absoluto, imprescritível, irrenunciável e intransmissível, vez que não pode se dissociar de seu titular. Além disso, apresenta a peculiaridade da disponibilidade, a qual consiste na possibilidade de o indivíduo usar livremente a sua própria imagem ou impedir que outros a utilizem. O uso indevido da imagem do trabalhador, sem qualquer autorização do titular, constitui violação desse direito, e, via de consequência, um dano, o qual é passível de reparação civil, nos termos dos artigos 5º, X, da Constituição Federal e 20 e 186 Código Civil. Recurso de revista conhecido e desprovido. (TST - E-RR: 196620125030037 19-66.2012.5.03.0037, Relator: Renato de Lacerda Paiva, Data de Julgamento: 10/10/2013, Subseção I Especializada em Dissídios Individuais, Data de Publicação: DEJT 18/10/2013)

Importante frisar que o Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região editou uma Súmula sobre o tema, determinando que para não ensejar condenação em danos morais por violação ao direito à imagem, a determinação de uso de uniforme com propagandas deve contar não somente com a concordância do empregado, mas também com uma compensação econômica, como se pode observar:

SÚMULA Nº 35: USO DE UNIFORME. LOGOTIPOS DE PRODUTOS DE OUTRAS EMPRESAS COMERCIALIZADOS PELA EMPREGADORA. AUSÊNCIA DE PRÉVIO ASSENTIMENTO E DE COMPENSAÇÃO ECONÔMICA. EXISTÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO DIREITO DE IMAGEM. A imposição patronal de uso de uniforme com logotipos de produtos de outras empresas comercializados pela empregadora, sem que haja concordância do empregado e compensação econômica, viola o direito de imagem do trabalhador, sendo devida a indenização por dano moral. (RA 213/2014, disponibilização: DEJT/TRT3.Cad. Jud. 20/11/2014, 21/11/2014 e 24/11/2014)

As ementas colacionadas traduzem um posicionamento que mostra-se insuficiente para garantir a proteção do trabalhador no tocante a violação de seu direito à imagem, notadamente por não considerar a eminente vulnerabilidade desse com relação a seu empregador. Ora, ao ser contratado para um novo emprego, o empregado, na grande maioria das vezes não tem a possibilidade de questionar cláusulas contratuais, como seria o caso de uma cláusula de cessão de direitos de imagem. De igual modo, não tem como negar assinar uma autorização de uso de imagem caso lhe seja solicitado pelo empregador.

O caso torna-se ainda mais difícil quando se trata do “consentimento tácito” admitido tanto pela doutrina, quanto pela jurisprudência. Como um empregado poderia exigir que o seu empregador desligasse as câmeras de vigilância da empresa para evitar que sua imagem fosse capturada, por exemplo? Ou como se recusaria a utilizar determinado fardamento com propagandas? Evidente que não há possibilidade. Desta feita, esse “consentimento”, seja expresso ou tácito, será provavelmente viciado, uma vez que o empregado é constrangido e coagido a concedê-lo em decorrência do próprio vínculo empregatício e da subordinação com relação ao seu empregador.

A fim de se proteger de forma eficaz a imagem do trabalhador, o uso da imagem do empregado deve ser condicionado, seja de que forma for, ao consentimento e à compensação econômica do mesmo, conforme a Súmula citada do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região. Mesmo porque, caso não utilizasse a imagem dos empregados para tanto, o empregador teria de contratar modelos ou investir em outros meios de publicidade, o que denota o caráter de exploração injusta da utilização da imagem do empregado de forma gratuita.

Nesse sentido, a Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho editou, na 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, o Enunciado nº 14, que tratando da imagem do trabalhador, assim dispôs:

IMAGEM DO TRABALHADOR. UTILIZAÇÃO PELO EMPREGADOR. LIMITES. São vedadas ao empregador, sem autorização judicial, a conservação de gravação, a exibição e a divulgação, para seu uso privado, de imagens dos trabalhadores antes, no curso ou logo após a sua jornada de trabalho, por violação ao direito de imagem e à preservação das expressões da personalidade, garantidos pelo art. 5º, V, da Constituição. A formação do contrato de emprego, por si só, não importa em cessão do direito de imagem e da divulgação fora de seu objeto da expressão da personalidade do trabalhador, nem o só pagamento do salário e demais títulos trabalhistas os remunera.

Como se verifica, referido enunciado coaduna com o entendimento exposto no presente estudo, no sentido de que o contrato de trabalho não importa em cessão de direito de imagem, da mesma forma que o salário e demais verbas trabalhistas não remuneram o uso da imagem do trabalhador.

6 Conclusão

O direito à imagem, reconhecido pelo ordenamento jurídico pátrio como direito fundamental e direito de personalidade, trata-se do direito que uma pessoa tem sobre a expressão de sua personalidade, seja sua forma física ou sua verdade pessoal, abrangendo, portanto, a imagem-retrato e a imagem-atributo. A importância e relevância da proteção a esse direito reside no fato de que o mesmo é garantidor da individualidade das pessoas, sua identidade e a forma como é reconhecida pelo meio social. Por ser um direito de personalidade, também é considerado como um direito absoluto (oponível *erga omnes*), geral, extrapatrimonial, indisponível e intransmissível. A observância dessas características

não impede, contudo, que uma determinada pessoa ceda o uso de sua imagem para que terceiro a explore, uma vez que não se confunde a disposição do direito em si, com a disposição de seu uso.

No âmbito do contrato de trabalho, a disparidade de poder decorrente da condição necessária de subordinação do trabalhador ao seu empregador, que exerce sobre aquele o denominado poder diretivo; e, somando-se a isso as transformações impostas pelo paradigma da pós-modernidade, ou da sociedade da informação, como é denominada pela doutrina, notadamente no que diz respeito à evolução das comunicações e da captação, reprodução, gravação e distribuição de imagens, representam inegável risco de violação ao direito à imagem do empregado pelo seu empregador. Esse último, agindo com excesso e arbitrariedade no exercício do poder diretivo pode violar o direito à imagem de seu empregado.

Se sabe que a proteção ao direito à imagem, assim como aos demais direitos de personalidade, decorrem da própria natureza humana, pelo que ao assumir a condição de empregado, esse não perde sua condição de pessoa humana, nem se despoja de seus direitos de personalidade e, logicamente, também é titular do direito à imagem. Inobstante a relevância da questão em análise, o legislador pátrio não se ocupou de tratar especificamente do direito à imagem do trabalhador, razão pela qual face à omissão, aplica-se a essa matéria, subsidiariamente, o direito comum. Embora a aplicação do Código Civil hodierno no direito do trabalho vise suprir esse vácuo legislativo, o mesmo não se mostra de um todo adequado ante as especificidades da relação entre empregado e empregador.

No exercício do poder diretivo, o empregador pode violar o direito à imagem do empregado desde a fase pré-contratual até mesmo posteriormente a sua rescisão; podendo o empregado ser violado tanto em sua imagem-atributo, quanto em sua imagem-retrato. Daí exsurgem-se duas questões primordiais: o empregador pode usar a imagem do empregado indiscriminadamente? O empregador pode interferir na imagem física de seu empregado? Em se aplicando o regramento do Código Civil, tem-se que o empregador somente poderá interferir na imagem de seus empregados caso a interferência guarde alguma relação razoável com a natureza das atividades desempenhadas pelo empregado. Quanto ao uso, esse somente será possível mediante autorização do empregado, seja o uso para fins comerciais ou não.

Tem sido admitida, contudo, com base no disposto no Código Civil, a possibilidade do empregado ceder o uso de sua imagem de forma gratuita e até mesmo consentir tacitamente com o uso de sua imagem pelo empregador. Esse entendimento adotado pela doutrina e jurisprudência majoritárias não garante, no entanto, a efetiva proteção à imagem do trabalhador, tendo em vista que esse, por ser subordinado ao poder diretivo do empregador e por sua manifesta vulnerabilidade, não tem a possibilidade concreta de questionar ou recusar-se a cumprir com certas determinações patronais, mesmo que as mesmas impliquem em violação aos seus direitos.

Para que se possa garantir efetivamente a proteção ao direito à imagem do empregado, o uso de sua imagem deve ser condicionado, seja com fins comerciais ou não, ao consentimento expresso e à

compensação econômica do mesmo, afinal, caso não se utilizasse da imagem do trabalhador, o empregador teria de contratar modelos ou investir financeiramente em outras formas de publicidade, transparecendo, portanto, o caráter de exploração injusta da utilização da imagem do empregado de forma gratuita. Frise-se que o consentimento expresso somente não seria suficiente para tanto, uma vez que a probabilidade de o mesmo ser viciado por coação é enorme. Esse entendimento, embora mais acertado, somente é adotado pela doutrina e jurisprudência em casos pontuais, conforme restou demonstrado.

A inexistência de normatização específica quanto ao direito à imagem do trabalhador implica em conflitos jurisprudenciais e doutrinários e, conseqüentemente, no comprometimento da proteção desse direito.

Referências

- ABRANTES, José João. **Contrato de trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de. Proteção à imagem do empregado. **Revista Síntese Trabalhista e Previdenciária**, São Paulo, v. 272, n. 23, p.9-29, fev. 2012.
- BELTRAN, Ari Possidonio. **Dilemas do trabalho e do emprego na atualidade**. São Paulo: LTr, 2001.
- BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1995.
- BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. São Paulo: Saraiva, 2015.
- BRASIL. Decreto-lei nº 5.452, de 01 de maio de 1943. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 08 nov. 2015.
- BRASIL. Lei nº 10406, de 10 de janeiro de 2002. **Código Civil**. Brasília, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406.htm>. Acesso em: 10 nov. 2015.
- BULOS, Uadi Lammêgo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- CANOTILHO, J.J, Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2000.
- CARDOSO, Anna Luiza Prado. O Direito à Imagem e Os Contratos de Trabalho. **Direito Unifacs: Debate virtual**, Salvador, v. 1, n. 115, p.1-18, jan. 2010. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/902>>. Acesso em: 24 nov. 2015.
- CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito constitucional: teoria do Estado e da Constituição**. 10. ed. Belo Horizonte: del Rey, 2004.
- CARVALHO NETO, Inacio de. **Responsabilidade Civil no Direito de Família**. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2009.
- DALAZEN, João Oreste. Aspectos do dano moral trabalhista. **Revista do Tst**, Brasília, v. 1, n. 65, p. 69-84, out/dez. 1999. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/57189f37-8020-4009-a38e-989018832ddf>>. Acesso em: 15 nov. 2015.
- DELGADO, Mauricio Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4. ed. São Paulo: LTr, 2005.
- DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- LUÑO, Antônio Enrique Perez. **Los derechos fundamentales**. 9a ed. Madrid: Tecnos, 2007.

MALLET, Estevão. Apontamentos sobre o Direito à Intimidade no /Âmbito do Contrato de Trabalho. In ARRUDA, Roberto Parahyba de Pinto (Coord.). **O Direito e o Processo do Trabalho na Sociedade Contemporânea**. São Paulo: LTr, 2005, pp. 66-67.

MARISCO, Francelle Moreira. Aspectos constitucionais do direito à imagem do atleta profissional de futebol. **Scientia Juris**, Londrina, v. 2, n. 16, p.57-68, dez. 2012.

MELO, Nehemias Domingos de. **Dano Moral Trabalhista**. São Paulo: Atlas, 2007.

ONÇA, Luciane da Silva; SILVA, Leda Maria Messias da. Os direitos da personalidade da imagem, honra, privacidade e intimidade do empregado nas relações de emprego. **Revista Jurídica Cesumar: Mestrado**, Maringá, v. 1, n. 10, p.235-259, jan./jun. 2010.

ROMITA, Arion Sayão. Colisão de direitos: liberdade de expressão e ofensa à honra e à imagem. **Revista Ltr**, São Paulo, v. 9, n. 79, p.1070-1081, set. 2015.

SAHM, Regina. **Direito à Imagem no Direito Civil Contemporâneo**. São Paulo: Atlas, 2002.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. 2º Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SARMENTO, Daniel; GOMES, Fábio Rodrigues. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações entre particulares: o caso das relações de trabalho. **Revista do Tst**, Brasília, v. 4, n. 77, p.60-101, out/dez 2011. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br/documents/1295387/ba6d2078-7c20-49ab-b5c6-e08d2d9cd0e8>>. Acesso em: 29 abr. 2015.

SCHIO, Adriana Cavalcante de Souza; VILLATORE, Marco Antônio Cesar. Dano moral por violação do direito de imagem do empregado: aspectos sociais e econômicos. **Revista Eletrônica: Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**, Paraná, v. 1, n. 12, p.71-94, out. 2012. Disponível em: <<http://www.mflip.com.br/pub/escolajudicial/?numero=12>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. **A Reparação do Dano Moral no Direito do Trabalho**. São Paulo: Ltr, 2004.

TINDOU, Juliano Bezerra. **O direito de imagem do empregado e suas repercussões no contrato de trabalho**. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/9233/O-direito-de-imagem-do-empregado-e-suas-repercussoes-no-contrato-de-trabalho>>. Acesso em: 24 nov. 2015.

No direito do trabalho, a ocorrência deste dano é vislumbrada sempre que o empregador utiliza-se de seu poder diretivo para exigir do trabalhador um trabalho excessivo, desrespeitando as limitações de jornadas estabelecidas pelo ordenamento jurídico vigente, ou as regras de segurança e medicina do trabalho, ocasionando um prejuízo à existência do trabalhador, ao seu plano de vida, à sua convivência familiar e social.

O que se pretende fazer neste ensaio é analisar como tal dano vem sendo tratado no direito trabalhista brasileiro, e, ao mesmo tempo, defender que se trata de uma nova modalidade de dano imaterial, diversa do dano moral, com elementos caracterizadores e objetos de proteção distintos, sendo cabível inclusive a cumulação dessas duas espécies de dano, para que haja uma correta reparação da lesão sofrida pelo indivíduo.

Para tanto utilizaremos o método dedutivo no ensejo de melhor analisar como a doutrina e a jurisprudência tem se posicionado no que tange a este tema, além de pesquisa bibliográfica e descritiva acerca dessa *nova espécie* de dano na seara laboral.

Primeiramente será feita uma análise da penetrabilidade dos direitos fundamentais nas relações privadas, para destacar a importância de se resguardar o direito ao trabalho, exigindo-se que o empregador cumpra com o regramento básico estabelecido na Constituição Federal Brasileira (CRFB/88).

Posteriormente discutiremos o direito ao *não trabalho* e o direito ao lazer como elementos necessários para a busca da felicidade do indivíduo, para que neste tempo livre ele possa desenvolver os diversos aspectos de sua personalidade.

Por fim, defenderemos, na continuação, que os limites temporais estabelecidos no ordenamento jurídico para o trabalho devem ser respeitados, pois estão diretamente relacionados à saúde física e mental do trabalhador, e que quando não o são, deliberada e reiteradamente, causam prejuízos ao trabalhador; esta conduta pode dar ensejo a uma indenização decorrente do dano existencial.

2 Eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas de trabalho

Diferentemente do que acontecia a época do Estado Liberal, onde se defendia a separação entre o direito público e o direito privado, com o advento do Estado Social, a Constituição Federal passou a ser o cerne do sistema jurídico, consagrando valores como a solidariedade e direitos oponíveis aos atores privados (a exemplo dos direitos trabalhistas), reconhecendo-se a sua força normativa², ou seja, a possibilidade de conteúdos normativos serem diretamente extraídos dos preceitos constitucionais.

[...] Com o advento do Estado Social, passou-se a reconhecer a necessidade de intervenção do Estado, através de políticas públicas, para proteção dos mais débeis diante do arbítrio dos mais

² Sobre a força normativa da Constituição recomenda-se a leitura de Konrad Hesse. **A força normativa da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mandes, Porto Alegre: SAFe, 1991.

fortes, e de garantia das condições materiais básicas de existência, [...] (SARMENTO, 2006, p. 62).

Diante disto, o ordenamento passou a ser visto como uma unidade, no qual a Lei Maior representa um limite para o legislador, mas também estabelece uma direção a seguir. (SARMENTO, 2003, p. 86).

Assim, os direitos fundamentais, em termos de eficácia passaram a ser analisados em duas dimensões: a objetiva e a subjetiva.

A *dimensão objetiva*, onde se reconhece que os direitos fundamentais tem eficácia de determinar a interpretação do ordenamento jurídico à luz desse valor, o que é fundamental para o direito do trabalho, pois passamos a fazer a leitura das normas trabalhistas à luz dos direitos fundamentais, vinculando o Estado em relações com particulares (eficácia vertical dos direitos fundamentais³) e os particulares em relações com outros particulares (eficácia horizontal dos direitos fundamentais⁴), desta forma estão todos obrigados a respeitar, promover e proteger os direitos fundamentais.

A *dimensão subjetiva*, pela qual, tais direitos se traduzem em direitos subjetivos passíveis de serem exigidos e judicializados, ou seja, todo direito fundamental gera ao titular desse direito uma possibilidade de poder buscar, quando houver violação, uma tutela jurisdicional, no caso de ameaça ou lesão.

Note-se que o Estado não é o único capaz de ocasionar danos aos particulares, no âmbito das relações privadas o desrespeito aos direitos fundamentais também pode ocorrer, sendo muito comum na seara laboral, na qual o trabalhador é hipossuficiente em face de seu empregador.

Sobre o tema escreve Cifuentes Munõz:

[...] certas normas sobre direitos fundamentais dotam o cidadão de um *status socialis* que o ordenamento constitucional garante frente aos particulares e, em especial, em relação com os grandes poderes econômicos e sociais o qual vem a compensar sua relativa precariedade. (1998, p. 12).

Ponto importante a ser destacado refere-se à cláusula geral de tutela da pessoa humana que se materializa, em nossa Constituição, através do princípio da dignidade humana, que assegura à pessoa o

³ Neste ponto discute-se a vinculação positiva dos poderes públicos aos direitos fundamentais de modo que o cidadão deve ter segurança no sentido de que o Estado não invadirá a esfera de sua liberdade individual (vinculação negativa) ao mesmo tempo em que deve ter a certeza de que poderá utilizar adequadamente as situações vantajosas que lhe são asseguradas abstratamente no ordenamento jurídico, caso contrário poderá contar com a intervenção judicial para a plena realização de seus direitos. (AMARAL, 2014, p. 68).

⁴ No que tange aos particulares, existe apenas a vinculação negativa, ou seja, os indivíduos devem se abster de qualquer prática que viole a Constituição, não podendo vulnerar direitos e garantias individuais de outros cidadãos. Vide Sentenças n. 101/1981, de 18 de novembro, e n. 177/1988, de 10 de outubro, do Tribunal Constitucional da Espanha. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es. Acesso em 20 de jul. 2015.

reconhecimento de direitos pré-existentes pelo simples fato de serem humanos, ratificando a penetração dos direitos fundamentais nas relações privadas.

[...] hoje, a eficácia dos direitos e liberdades fundamentais nas relações de direito privado é, pois, exigida, por um lado, pela '**dignidade da pessoa humana**' encarada no quadro do Estado Social e Democrático de Direito e, por outro, pela nova 'dimensão objetiva' atualmente reconhecida àqueles direitos. (grifo nosso) (ABRANTES, 2005, p. 72).

Convém mencionar que esse princípio está ligado ao direito ao livre exercício da profissão, e que também é preciso ser respeitado pelo empregador. Neste sentido temos o interessante julgado do Desembargador Dr. José Felipe Ledur:

Os direitos fundamentais previstos no art. 7º da Constituição de 1988, dentre eles o disposto no inciso XIII (duração do trabalho normal não superior a oito horas diárias e quarenta e quatro semanais, facultada a compensação de horários e a redução da jornada, mediante acordo ou convenção coletiva de trabalho) e no inciso XXII (redução dos riscos inerentes ao trabalho, por meio de normas de saúde, higiene e segurança) são concreções de valores e normas de caráter principiológico e correspondem a uma decisão jurídico-objetiva de valor adotada pela Constituição. Esta prevê valores e princípios, dentre outros, no Preâmbulo (e.g., a asseguaração do exercício dos direitos sociais, da liberdade e do bem-estar), no art. 1º, III e IV (dignidade da pessoa humana os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa) e no rol dos direitos sociais elencados no art. 6º (e.g., o direito à saúde, ao trabalho, ao lazer e à segurança). Do princípio da dignidade da pessoa humana, núcleo dos direitos fundamentais em geral, decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele abarcado o desenvolvimento profissional mencionado no art. 5º, XIII, da Constituição, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais assegurados aos trabalhadores. Finalmente, esses valores e princípios vinculam não só o Estado (eficácia vertical dos direitos fundamentais), mas também o empregador/organização econômica (eficácia horizontal dos direitos fundamentais ou eficácia em face dos particulares). (grifo nosso) Rio Grande do Sul, TRT, RO 105-14.2011.5.04.0241. Relator Des. José Felipe Ledur, 1ª Turma, Diário Eletrônico da Justiça do Trabalho, Porto Alegre, 3 jun. 2011.

Assim, destaca-se a importância da proteção do Princípio da dignidade humana tanto nas relações públicas quanto nas relações privadas, pois o que se visa proteger é o valor da pessoa humana, a sua dignidade. Neste sentido:

Como regra daí decorrente, pode-se dizer que, em todas as relações privadas nas quais venha a ocorrer um conflito entre uma situação jurídica subjetiva existencial e uma situação jurídica patrimonial, a primeira deve prevalecer, obedecidos assim, os princípios constitucionais que estabelecem a dignidade da pessoa humana como valor cardeal do sistema. (MORAES, 2003, p. 120).

Aqui resta claro que o princípio fundamental da dignidade humana deve ser respeitado em qualquer nível de relação que se estabeleça entre os indivíduos, sendo cabível uma indenização em caso de sua violação. Neste sentido, afirma CAVALIERI (s.d.a, p.56 apud MORAES, 2003, p.131-132): “[d]ano moral, à luz da Constituição vigente, nada mais é do que violação do direito à dignidade.”

Por fim, convém ainda destacar a importância da penetração dos direitos fundamentais nas relações laborais, pois uma vez que a Constituição sirva de parâmetro para a relação jurídica que se

estabelece entre os particulares e seja respeitada, estaremos diante de uma proteção mais efetiva ao trabalhador que é a parte mais frágil dessa relação.

Em regra, os contratos de trabalho traduzem uma relação na qual há uma flagrante desigualdade entre as partes, pois de um lado temos o empregador, detentor do poder diretivo, e econômico, e do outro o trabalhador, que possui somente a sua força de trabalho, e é a parte mais vulnerável deste, exatamente por este motivo é que atualmente se fala na “constitucionalização do direito do trabalho”, com o intuito de fazer uma leitura constitucional deste ramo do direito a fim de assegurar ao trabalhador o respeito aos seus direitos fundamentais e à sua dignidade no âmbito da relação laboral.

3 Direito do trabalho

Consagrado como um direito social fundamental no art. 6º da Constituição da República Federativa do Brasil, o direito ao trabalho é um dos principais elementos para que o ser humano possa usufruir de uma existência digna, pois é através do trabalho que o ser humano consegue o mínimo necessário para realizar o seu plano de vida e possa existir dignamente. Exatamente por esse motivo, que a Constituição Federal prevê o regramento mínimo para que o trabalho seja prestado em equilíbrio com a vida da pessoa, assegurando em seu art. 7º diversas prerrogativas aos trabalhadores urbanos e rurais, consoante exposto nos 34 incisos do aludido dispositivo constitucional.

Importante destacar que, conforme entendem Gilmar Mendes e Paulo Branco, as garantias elencadas no art. 7º da CRFB/88 não são direcionadas apenas ao legislador e ao gestor público, como também ao empregador, tratando-se, “[...] em muitos casos, de aplicação direta de norma de caráter fundamental às relações privadas” (2012, p. 694), como foi discutido no tópico anterior.

Deste modo, as regras estabelecidas na Constituição devem ser observadas tanto pelo Estado quanto pelo particular, sob pena de violar a cláusula geral de tutela da pessoa humana, que se materializa no princípio da dignidade humana.

Para que o direito ao trabalho seja respeitado é preciso considerar a qualidade de vida da pessoa, tanto no ambiente laboral quanto fora dele. É preciso que esse trabalho seja adequado, digno, para que o indivíduo consiga ter a sua integridade (integralidade) respeitada. O prof. Dr. Brito Filho denomina este trabalho de trabalho decente, e assim dispõe:

Trabalho decente, então, é um conjunto mínimo de direitos do trabalhador que corresponde: **(i)** ao direito ao trabalho; **(ii)** à liberdade de trabalho; **(iii)** à igualdade no trabalho; **(iv)** ao trabalho com condições justas, incluindo a remuneração e que preservem sua saúde e segurança; **(v)** à proibição do trabalho infantil; **(vi)** à liberdade sindical; e **(vii)** à proteção contra os riscos sociais. (2013, p. 55)

O homem que trabalha sem limites, exaustivamente é mero objeto, perdendo o sentido da sua existência, o que é incompatível com a ideia de dignidade humana, como já defendia Kant há décadas: “o ser humano tem dignidade e não preço”.

Com base no exposto passamos então a defender o direito ao não trabalho, como um desdobramento do direito social ao lazer.

4 Proteção ao não trabalho e o direito ao lazer

Constitucionalmente previsto no art. 6º da CRFB/88⁵, o direito ao lazer é uma questão filosófica e cultural, que se traduz no tempo que o ser humano tem além do trabalho, tempo para entretenimento, para usufruir de sua existência, para desfrutar da convivência familiar e social, para desenvolver as atividades que deseja, como, por exemplo, praticar esportes ou fazer teatro, pintura, música.

Neste sentido escreve Nascimento (2009, p. 488):

[...] o lazer atende à necessidade de liberdade, de compensação da vida contemporânea e é uma resposta à violência que se instaurou na sociedade, ao isolamento, à necessidade do ser humano de encontrar-se consigo e com o próximo, sendo essas, entre outras, as causas que levam a legislação a disciplinar a duração do trabalho e os descansos obrigatórios.

Neste mesmo sentido escreve Franco Filho (2015, p. 53):

Devemos entender como aquele que possui a pessoa humana de usar seu tempo livre em atividades e ações que lhe sejam prazerosas, não necessariamente relacionadas ao trabalho, porquanto deve ser aquele disponível para a convivência familiar, prática esportiva ou alguma atividade artística, intelectual ou simplesmente o ócio.

Infelizmente no Brasil, a ideia de direito ao lazer é relacionada de forma pejorativa ao não trabalho, porém tal direito precisa ser analisado por outro prisma, pois possui aspectos muito importantes para a existência humana.

No dizer de Oliveira (2012, p. 182) a eficácia do direito ao lazer estaria diretamente relacionada à dignidade do trabalhador, pois tal direito tem por objetivo, dentre outros, melhorar a qualidade de vida do obreiro, pois é por meio do direito ao lazer, que o trabalhador adquire o direito à desconexão (ALMEIDA; SEVERO, 2015).

Note-se que o direito ao lazer está relacionado a diversos aspectos. Tem-se a questão fisiológica, a *dimensão humana* que reconhece como uma necessidade biológica o descanso, tem uma *dimensão social*, pois é no momento de descanso ocorre a convivência social e familiar, tem uma *dimensão psíquica e existencial*, pois é durante o lazer que eu dou sentido a minha existência, e alcanço a felicidade.

⁵ Recomenda-se a leitura dos art. 7º, IV; 213, § 3º e 227, caput da CRFB/88, que também fazem menção ao direito ao lazer.

Neste ponto, introduzimos na discussão o posicionamento do Prof. Dr. Franco Filho que entende que o direito ao lazer está diretamente relacionado à busca da felicidade, defendendo o direito social à felicidade⁶, como uma forma de efetivar os demais direitos sociais e melhorar a qualidade de vida das pessoas. E dispõem: “Com isso todos os direitos sociais passam a ser essenciais à busca da felicidade. Se implementarmos, darão chance ao direito social à felicidade, que assim será o maior de todos, porque representará o somatório deles”. (FRANCO FILHO, 2014, p.142).

Desta forma, percebemos que o direito ao lazer deve proteger todas essas dimensões da existência humana, sendo através dele que se alcança a felicidade, que no dizer de Soares (2009, p.37) seria a razão de ser da existência humana.

5 O dano existencial

Os institutos criados pelo direito laboral existem exatamente para equilibrar a relação existente entre a vida e o trabalho das pessoas, permitindo que essas pessoas tenham qualidade de vida satisfatória. São exemplos de institutos que tentam conciliar esses dois direitos fundamentais (vida-trabalho): a limitação da jornada de trabalho, os períodos de descanso, as férias etc.

A hiperexploração do trabalhador com o desrespeito a esses direitos causa um prejuízo à saúde do trabalhador, e também o impede de desfrutar dos prazeres de sua própria existência, de ordem biológica, econômica, cultural e social, o que usualmente vem sido denominado pela doutrina e jurisprudência como *dano existencial*.

5.1 Origem e conceituação

O dano existencial tem sua origem na Decisão nº 7.713, de 07 de junho de 2000, da Corte Suprema da Itália, que pela primeira vez o reconheceu explicitamente.

Trata-se de dano de natureza imaterial, que afeta diretamente a existência da pessoa, causando-lhe a impossibilidade de desenvolver o seu plano de vida, privando-lhe da convivência familiar ou em sociedade, ofendendo diretamente a sua dignidade.

Neste sentido o define Frota (2013, p. 63):

O dano existencial constitui espécie de dano imaterial ou não material que acarreta a vítima, de modo parcial ou total, a impossibilidade de executar, dar prosseguimento ou reconstruir o seu projeto de vida (na dimensão familiar, afetivo-sexual, intelectual, artística, científica, desportiva,

⁶ O direito social à felicidade já é realidade em alguns ordenamentos jurídicos como por exemplo: no Japão (art. 13 da Constituição de 03.11.1946), na Coreia (art. 10 da Carta da Coreia do Sul de 17.07.1948) e no Butão (art. 9º, 2º de sua Constituição). No Brasil tramita no Congresso Nacional a PEC n. 19/2010, apresentada pelo Sen. Cristovão Buarque que propõe uma nova redação ao artigo 6º da CF: São direitos sociais, essenciais à busca da felicidade, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados na forma desta Constituição. (FRANCO FILHO, 2014, p. 141).

educacional ou profissional, dentre outras) e a dificuldade de retomar sua vida de relação (de âmbito público ou privado, sobretudo na seara da convivência familiar, profissional ou social).

Flaviana Rampazzo Soares o define como:

[...] é a lesão ao complexo de relações que auxiliam no desenvolvimento normal da personalidade do sujeito, abrangendo a ordem pessoal ou a ordem social. É uma afetação negativa, total ou parcial, permanente ou temporária, seja a uma atividade, seja a um conjunto de atividades que a vítima do dano, normalmente, tinha como incorporado em seu cotidiano e que, em razão do efeito lesivo precisou modificar em sua forma de realização, ou mesmo suprimir de sua rotina. (SOARES, 2009, p. 44)

Assim, entendemos ser o dano existência um dano de cunho imaterial, desvinculado do prejuízo econômico, que causa uma lesão ao plano de vida do indivíduo, a sua existência.

5.2 Configuração

Para que seja configurado o dano existencial, além dos requisitos essenciais para configurar qualquer dano, previstos no art. 186 e 187 do Código Civil (prejuízo, ato ilícito e nexos de causalidade), faz-se necessário que haja um prejuízo à própria existência humana, ao plano de vida do trabalhador e as relações familiares.

[...] decorre da conduta patronal que impossibilita o empregado de ser relacionar e de conviver em sociedade por meio de atividades criativas, afetivas, espirituais, culturais, esportivas, sociais e de descanso, que lhe trarão bem-estar físico e psíquico e, por consequência, felicidade, ou que o impede de executar, de prosseguir ou mesmo de recomeçar os seus projetos de vida, que serão, por sua vez, responsáveis pelo seu crescimento ou realização profissional, social e pessoal. (ALVARENGA, BOUCINHAS Jr., 2013, p. 33)

Note que para que se configure tal dano faz-se necessário que o desrespeito às regras laborais seja repetitivo, contumaz, não bastando o descumprimento pontual da legislação trabalhista. Em verdade, é necessário que fique configurado um dano à existência do trabalhador, ao seu convívio social, familiar. No dizer de Júlio César Bebbler (2009, p. 28) é necessário “[provocar] um vazio existencial na pessoa que perde a fonte de gratificação vital”.

No que tange a possibilidade da ocorrência deste dano no direito do trabalho, comumente vislumbramos duas possibilidades: a primeira delas é referente à exigência de uma jornada excessiva pelo empregador, e depois no caso de um ambiente laboral que não assegure ao trabalhador condições mínimas para desfrutar de uma qualidade de vida.

No julgamento do AIRR nº 308-86.2012.5.03.0008, Rel. Min. Hugo Carlos Scheuermann, da 1ª Turma do TST, publicado em 25 de maio de 2014, ficaram claros os elementos caracterizadores deste dano. Acompanhe:

Constituem elementos do dano existencial, além do **ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações**. Com efeito, a lesão decorrente da conduta patronal ilícita que impede o empregado de usufruir, ainda que

parcialmente, das diversas formas de relações sociais fora do ambiente de trabalho (familiares, atividades recreativas e extra laborais), ou seja, que obstrua a integração do trabalhador à sociedade, ao frustrar o projeto de vida do indivíduo, viola o direito da personalidade do trabalhador e constitui o chamado dano existencial.

Ainda neste sentido Almeida Neto (2005, p.62) aduz que:

[...] o dano existencial visa proteger a dignidade da pessoa humana, considerando que a ocorrência deste dano causa uma frustração no projeto de vida do ser humano, colocando-o em uma situação de manifesta inferioridade - no aspecto de felicidade e bem-estar - comparada àquela antes de sofrer o dano, sem necessariamente importar em um prejuízo econômico. Mais do que isso, ofende diretamente a dignidade da pessoa, dela retirando, anulando, uma aspiração legítima [...].

Desta forma, para que seja configurado o dano existencial é preciso necessariamente que haja um prejuízo ou frustração no projeto de vida da pessoa, na sua própria existência.

5.3 Análise jurisprudencial

Embora timidamente, alguns tribunais já estão reconhecendo este dano, é o que aconteceu no TRT da 4^o Região. 1^a turma. Des. Rel. José Felipe Ledur que reconheceu a reclamante o direito a indenização por dano existencial no valor de R\$ 24.710,40 por ter trabalhado mais de oito anos em jornada excessiva (12-13h/d) no RO nº 105-14/2011.5.04.0241.(Origem: Vara do Trabalho de Alvorada).

DANO EXISTENCIAL. JORNADA EXTRA EXCEDENTE DO LIMITE LEGAL DE TOLERÂNCIA. DIREITOS FUNDAMENTAIS. O dano existencial é uma espécie de dano imaterial, mediante o qual, no caso das relações de trabalho, o trabalhador sofre danos/limitações em relação à sua vida fora do ambiente de trabalho em razão de condutas ilícitas praticadas pelo tomador do trabalho. Havendo a prestação habitual de trabalho em jornadas extras excedentes do limite legal relativo à quantidade de horas extras, resta configurado dano à existência, dada a violação de direitos fundamentais do trabalho que integram decisão jurídico-objetiva adotada pela Constituição. Do princípio fundamental da dignidade da pessoa humana decorre o direito ao livre desenvolvimento da personalidade do trabalhador, nele integrado o direito ao desenvolvimento profissional, o que exige condições dignas de trabalho e observância dos direitos fundamentais também pelos empregadores (eficácia horizontal dos direitos fundamentais). Recurso provido. (TRT/4^a Reg., 1^a T. 2011)

Neste mesmo sentido têm se posicionado os Tribunais Regionais do Trabalho no país. Acompanhe o julgado da 1^a Turma do TRT da 3^a Região, de relatoria do Des. Paulo Eduardo Queiroz:

DANO EXISTENCIAL. NEGATIVA DE DIREITO AO LAZER E DESCANSO. INDENIZAÇÃO PELOS DANOS MORAIS DEVIDA. O direito ao lazer e ao descanso é direito humano fundamental, assegurado constitucionalmente - art. 6^o - e está diretamente relacionado com a relação de trabalho. A prorrogação excessiva da jornada de trabalho justifica a indenização compensatória pelo dano causado. Trata-se de desrespeito contínuo aos limites de jornada previstos no ordenamento jurídico, sendo, pois, ato ilícito. É o chamado dano existencial, uma espécie de dano imaterial em que o trabalhador sofre limitações em sua vida fora do ambiente de trabalho. (TRT-3 - RO: 0001924-09.2011.5.03.0113, Relator: Convocado Paulo Eduardo Queiroz Gonçalves, Primeira Turma, Data de Publicação: 10/12/2013. DEJT. Página 44. Boletim: Não.)

É importante mencionar, contudo, que para que haja a condenação em dano existencial é preciso que se comprove objetivamente que a jornada excessiva causou prejuízo ao projeto de vida do trabalhador. A mera realização de horas extras não pode dar ensejo a este dano, sob pena da banalização do instituto. Neste sentido também temos o julgados da 1ª Turma do TRT da 8ª Região, rel. Dra. Suzy Koury. Acompanhe:

[...] **2.2.5 DO DANO EXISTENCIAL.**

Insurge-se a reclamada contra o deferimento de indenização por dano existencial, na importância de R\$4.000,00.

Para que haja dano existencial é necessário que a conduta patronal impossibilite o trabalhador de dispor de seu tempo para a execução de projetos de vida, privando-o de se relacionar e de conviver no meio familiar e em sociedade.

Com efeito, a falta de pagamento das horas extras, ora deferidas, não conduz à procedência do pedido de indenização por danos morais, haja vista que, para tanto, devem estar presentes os requisitos delineadores da responsabilidade civil subjetiva, quais sejam, o dano (abalo moral sofrido), a culpa do empregador e o nexo causal entre ambos, que não restaram evidenciados.

De fato, o reclamante não comprovou que, em decorrência do trabalho, fora impossibilitado de usufruir do convívio social e familiar, assim como não indicou nenhum projeto de vida específico, frustrado em razão de ato ilícito da reclamada.

Por assim ser, dou provimento ao apelo para excluir da condenação a indenização deferida. (PROCESSO TRT-8. 1ª T./RO 0010493-08.2013.5.08.0010. Rel(a). Des. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury).

No TST o entendimento também tem se firmado neste sentido, acompanhe o julgamento do Recurso de Revista nos autos do processo nº 154-80.2013.5.04.0016 – 4ª Turma. Rel. Min. João Oreste Dalazen:

RECURSO DE REVISTA. DANO EXISTENCIAL. PRESSUPOSTOS. SUJEIÇÃO DO EMPREGADO A JORNADA DE TRABALHO EXTENUANTE. JORNADAS ALTERNADAS 1. A doutrina, ainda em construção, tende a conceituar o dano existencial como o dano à realização do projeto de vida em prejuízo à vida de relações. O dano existencial, pois, não se identifica com o dano moral. 2. O Direito brasileiro comporta uma visão mais ampla do dano existencial, na perspectiva do art. 186 do Código Civil, segundo o qual “aquele que por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito”. A norma em apreço, além do dano moral, comporta reparabilidade de qualquer outro dano imaterial causado a outrem, inclusive o dano existencial, que pode ser causado pelo empregador ao empregado, na esfera do Direito do Trabalho, em caso de lesão de direito de que derive prejuízo demonstrado à vida de relações. 3. A sobrejornada habitual e excessiva, exigida pelo empregador, em tese, tipifica dano existencial, desde que em situações extremas em que haja demonstração inequívoca do comprometimento da vida de relação. 4. A condenação ao pagamento de indenização por dano existencial não subsiste, no entanto, se a jornada de labor exigida não era sistematicamente de 15 horas de trabalho diárias, mas, sim, alternada com jornada de seis horas diárias. Robustece tal convicção, no caso, a circunstância de resultar incontroverso que o contrato de trabalho mantido entre as partes perdurou por apenas nove meses. Não se afigura razoável, assim, que nesse curto período a conduta patronal comprometeu, de forma irreparável, a realização de um suposto projeto de vida em prejuízo à vida de relações do empregado. 5. Igualmente não se reconhece dano existencial se não há demonstração de que a jornada de trabalho exigida, de alguma forma, comprometeu irremediavelmente a vida de relações do empregado, aspecto sobremodo importante para tipificar e não banalizar, em casos de jornada excessiva, pois virtualmente pode consultar aos interesses do próprio empregado a dilatação habitual da jornada. Nem sempre é a empresa que exige o trabalho extraordinário. Em situações extremas, há trabalhadores compulsivos, ou seja, viciados em (*workaholic*), quer motivados pela alta competitividade, vaidade, ganância,

necessidade de sobrevivência, quer motivados por alguma necessidade pessoal de provar algo a alguém ou a si mesmo. Indivíduos assim geralmente não conseguem desvincular-se do trabalho e, muitas vezes por iniciativa própria, deixam de lado filhos, pais, amigos e família em prol do labor. Daí a exigência de o empregado comprovar que o empregador exigiu-lhe labor excessivo e de modo a afetar-lhe a vida de relações. 6. Recurso de revista conhecido e provido.

Assim, vislumbra-se ainda que timidamente a possibilidade da condenação por dano existencial quando configurada uma lesão ao plano de vida da pessoa, a sua existência.

5.4 Diferenças entre dano moral e dano existencial

Note-se que para a correta reparação da vítima pelo dano sofrido é preciso que se faça a distinção entre dois danos: o moral e o existencial.

Embora sejam espécies do mesmo gênero (dano de natureza extrapatrimonial), estes danos não se confundem, pois o objeto de proteção de ambos é bastante distinto. O dano existencial prejudica o projeto de vida da pessoa, enquanto que o dano moral consiste em uma lesão na esfera subjetiva do indivíduo, no aspecto interno, íntimo, pessoal.

A distinção entre dano existencial e o dano moral reside no fato de este ser essencialmente um sentir, e aquele um não mais poder fazer, um dever de agir de outra forma, um relacionar-se diversamente em que ocorre uma limitação do desenvolvimento normal da vida da pessoa. Nesse sentido, enquanto o dano moral incide sobre o ofendido, de maneira, muitas vezes, simultânea à consumação do ato lesivo, o dano existencial, geralmente, manifesta-se e é sentido pelo lesado em momento posterior, porque ele é uma sequência de alterações prejudiciais no cotidiano, sequência essa que só o tempo é capaz de caracterizar (SOARES, 2009, p. 46).

Ante o acima é importante mencionar que embora haja uma significativa diferença entre essas duas espécies de dano, alguns magistrados, no julgamento de casos concretos veem confundindo tais danos, tratando o dano existencial como uma espécie de dano moral, ou como “dano moral existencial”, o que prejudica, e banaliza, a relevância desse instituto jurídico para a proteção da dignidade do trabalhador. Foi exatamente a retificação feita pela Rel. Des. Dra. Pastora Leal no julgamento do RO nº 0002161.22.2013.5.08.0117. No caso em análise, o acórdão da 4ª Turma do TRT da 8ª Região, manteve a sentença de primeiro grau que condenou o empregador a indenizar a trabalhadora por “danos morais”, sob o fundamento de que houve ofensa à sua honra objetiva, pela não concessão de férias durante todo o pacto laboral, que totalizou 14 anos. Em 2º grau houve a correção da sentença para reconhecer que estávamos diante de dano existencial. Acompanhe o julgado:

EMENTA: NÃO CONCESSÃO DE FÉRIAS DURANTE TODO O PACTO LABORAL (14 ANOS). PREJUÍZO À VIDA SOCIAL DO TRABALHADOR. DANO EXISTENCIAL. CONFIGURAÇÃO. Demonstrada a conduta contumaz da empresa em não permitir que a trabalhadora usufruísse de férias anuais, direito constitucionalmente assegurado, que além de visar à proteção da integridade física, mental e moral do empregado, possibilita que o mesmo usufrua do convívio social e familiar, que tenha lazer, que participe de atividades educativas e/ou religiosas, etc, forçoso é reconhecer que a empresa causou dano à vida em sociedade de sua ex-empregada, provocando um vazio existencial em sua pessoa. Destarte, caracterizado o ato ilícito da

empregadora, é devida a reparação civil, nos termos dos arts. 5.º, V, da Constituição Federal e 186 e 927, caput, do Código Civil. Mantida a d. sentença. Recurso improvido.

Defendemos inclusive a possibilidade de cumulação desses dois danos quando há ao mesmo tempo ofensa a objetos distintos: a personalidade e ao projeto de vida do trabalhador. Este também foi o entendimento da 2ª Turma do TRT da 9ª Região, no processo de Relatoria da Des. Dra. Ana Carolina Zaina.

DANO EXISTENCIAL. DANO MORAL. DIFERENCIAÇÃO. CARGA DE TRABALHO EXCESSIVA. FRUSTRAÇÃO DO PROJETO DE VIDA. PREJUÍZO À VIDA DE RELAÇÕES. O dano moral se refere ao sentimento da vítima, de modo que sua dimensão é subjetiva e existe in re ipsa, ao passo que o dano existencial diz respeito às alterações prejudiciais no cotidiano do trabalhador, quanto ao seu projeto de vida e suas relações sociais, de modo que sua constatação é objetiva. Constituem elementos do dano existencial, além do ato ilícito, o nexo de causalidade e o efetivo prejuízo, o dano à realização do projeto de vida e o prejuízo à vida de relações. Caracteriza-se o dano existencial quando o empregador impõe um volume excessivo de trabalho ao empregado, impossibilitando-o de desenvolver seus projetos de vida nos âmbitos profissional, social e pessoal, nos termos dos artigos 6º e 226 da Constituição Federal. O trabalho extraordinário habitual, muito além dos limites legais, impõe ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência e, em última análise, despoja-o do direito à liberdade e à dignidade humana. Na hipótese dos autos, a carga de trabalho do autor deixa evidente a prestação habitual de trabalho em sobrejornada excedente ao limite legal, o que permite a caracterização de dano à existência, eis que é empecilho ao livre desenvolvimento do projeto de vida do trabalhador e de suas relações sociais. Recurso a que se dá provimento para condenar a ré ao pagamento de indenização por dano existencial. (TRT-PR-28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013 - 2A. TURMA - Relator: ANA CAROLINA ZAINA - Publicado no DEJT em 11-10-2013).

Desta forma, percebe-se que este é o entendimento que tem prevalecido nos Tribunais do país.

6 Considerações finais

É necessário se fazer uma nova interpretação do ordenamento jurídico brasileiro, pois é preciso adotar a concepção da penetração dos direitos fundamentais nas relações privadas, especialmente nos direitos trabalhistas. Precisamos considerar o direito ao trabalho como um direito fundamental social, e também como um direito humano.

Os direitos trabalhistas são protetivos ao trabalhador. Não adianta ter o direito ao trabalho, e permitir que ele seja lesionado, e compensado economicamente. Não basta apenas a reparação pecuniária, essas questões afetam a vida do trabalhador, a sua existência e a sua condição humana.

Devemos respeitar a dignidade da pessoa humana no ambiente laboral. Eis o papel do direito do trabalho: proteger os direitos básicos dos trabalhadores de modo a assegurar-lhes um trabalho digno, com qualidade, sem extrapolar os limites estabelecidos pelo ordenamento jurídico vigente, respeitando a sua dignidade como ser humano, e conseqüentemente, os seus direitos fundamentais.

Assim é necessário o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais nas relações privadas de trabalho, para evitar superexploração do empregador, a coisificação do homem. Do

contrário, estaremos diante de uma situação de precarização das normas sociais já consagradas pelo ordenamento jurídico, o que violaria inclusive um dos princípios básicos de nosso ordenamento jurídico: como o Princípio do não retrocesso social.

O homem não pode ser colocado a serviço da economia, é esta que deve ser estruturada de forma a melhorar a existência humana.

Sempre que o empregador exigir do empregado uma produtividade inalcançável ou quando o trabalho causar prejuízo à existência humana, ao lazer, ao desenvolvimento do plano de vida do trabalhador, ou a sua saúde, estaremos diante de fatores aptos a ensejarem a condenação do empregador por causar ao trabalhador um dano existencial.

Referências

- ABRANTES, José João. **Contrato de Trabalho e direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2005.
- ALMEIDA, Almiro Eduardo de; SEVERO, Valdete Souto. **Direito à desconexão nas relações sociais de trabalho**. São Paulo: LTr, 2015.
- ALMEIDA NETO, Amaro Alves de. Dano existencial: a tutela da dignidade da pessoa humana. In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 6, n. 24, mês out/dez, 2005.
- ALVARENGA, Rúbia Zanotelli de; BOUCINHAS FILHO, Jorge Cavalcanti. O dano existencial e o direito do trabalho. In: **RDT - Revista de direito trabalhista**. Brasília: Consulex. Ano XIX – mar 2013, p. 32-38.
- AMARAL, Julio Ricardo de Paula. **Eficácia dos direitos fundamentais nas relações de trabalho**. 2 ed. São Paulo: LTr. 2014.
- BATISTA, Márcio Oliveira. A regulação do direito ao lazer no resgate da dignidade humana do trabalhador e sua formação social. In: ALMEIDA, Roberto Ribeiro de; CRUZ, Priscila Aparecida Silva; ALVES, Marianny (Org.). **Direitos Humanos em um contexto de desigualdades**. São Paulo: Boreal, 2012.
- BEBBER, Júlio César. Danos extrapatrimoniais (estético, biológico e existencial): breves considerações. In: **Revista LTr**, São Paulo, v. 73, n. 1, jan. 2009.
- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- BRASIL. Constituição (1988) **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF Senado, 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 02 jun. 2015.
- BRASIL. Consolidação das Leis do Trabalho. Decreto nº 5.452 de 1º de maio de 1943. Aprova a consolidação das leis do trabalho. **Diário Oficial da União**, Brasília, CF, 09 ago. 1943. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del5452.htm>. Acesso em: 17 jun. 2015.
- BRASIL. TRT-1. Tribunal Regional do Trabalho. **1º Fórum de Direito Material e Processual do Trabalho do Tribunal Regional do Trabalho da 1ª região**. s.d.a Disponível em: <http://www.trt1.jus.br/documents/10157/998278/1FORUM_PDF.pdf>. Acesso em: 16 jun. 2015.
- BRASIL. TRT-4. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 105-14/2011.5.04.0241. Relator: Desembargador José Felipe Ledur, 1ª Turma. Julgado em: 14 mar. 2012. Disponível em: <<http://www.trt4.jus.br>>.
- BRASIL. TRT-9. Tribunal Regional do Trabalho. Recurso Ordinário nº 28161-2012-028-09-00-6-ACO-40650-2013. Relator: Des. Dra. Ana Carolina Zain. 2ª Turma. Publicado no DEJT em 11 out. 2013. Disponível em: www.trt9.jus.br. Acesso em: 11 jun. 2015.

- BRASIL. TRT-8. Tribunal Regional do Trabalho. RO nº 0010493-08.2013.5.08.0010. Rel(a). Des. Dra. Suzy Elizabeth Cavalcante Koury. 1ª Turma. Disponível em www.trt8.jus.br. Acesso em: 11 jun. 2015.
- BRASIL. TST. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 154-80.2013.5.04.0016. Rel. Min. João Oreste Dalazen. 4ª Turma. Disponível em www.tst.jus.br/jurisprudencia. Acesso em: 11 jun. 2015.
- BRITO FILHO, José Cláudio Monteiro de. **Trabalho Decente**: análise jurídica da exploração do trabalho – trabalho escravo e outras formas de trabalho indigno. 3ª ed. São Paulo: LTr, 2013.
- CALVET, Otávio. **Direito ao lazer nas relações de trabalho**. São Paulo: LTr, 2006.
- CIFUENTES MUÑOZ, Eduardo. **La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares**. México: Universidade Nacional Autónoma de México, 1998.
- DUARTE, Bernardo Augusto Ferreira. Levando o direito ao lazer à sério. In: **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**. V.27. nº 4. 2009. p.73-96.
- ESPAÑA. Tribunal Constitucional da Espanha. Sentenças n. 101/1981, de 18 de novembro. Sentença n. 177/1988, de 10 de outubro. Disponível em: www.tribunalconstitucional.es. Acesso em 20 de jul. 2015.
- FRANCO, Georgenor de Sousa. O direito social à felicidade. In: **Direitos Fundamentais**: questões contemporâneas. Em homenagem aos 25 anos da Constituição Federal de 1988. Rio de Janeiro: GZ editora. 2014.
- FROTA, Hidemberg Alves da. Noções fundamentais sobre dano existencial. In: **Revista eletrônica do Tribunal Regional do Trabalho do Paraná**. v 2. n 22. Set – 2013.
- MORAES, Maria Celina Bodin. **Danos à pessoa**: uma leitura civil-constitucional dos danos morais. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- SARMENTO, Daniel. Livres e Iguais: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.
- SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2004.
- SOARES, Flaviana Rampazzo. **Responsabilidade civil por dano existencial**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

